

مَجَلَّةُ الْحَقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

تصدرها :

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور حسين فهمى

السنة الخامسة - العددان الاول والثانى

يناير - مارس سنة ١٩٥١

المحتوى

المقالات :

الاستاذ الشيخ عمر عبد الله : العرف في الفقه الاسلامى ١ - ٩٨

الدكتور سعد عصفور : حرية تكوين الجمعيات في إنجلترا

٩٩ - ١٦٠
وفرنسا ومصر -

الدكتور احمد ابو الوفا : الدفع بعدم القبول ١٦١ - ٢٠٢

الدكتور محمد مظلوم حمدى :

١ - ١٥
السكان ومستوى المعيشة في مصر (بالانجليزية)

تعليقات على الاعطام :

الدكتور محمود محمود مصطفى : رد اعتبار المحكوم عليه

٢٠٢ - ٢١٤
مع ايقاف تنفيذ العقوبة

الدكتور محمود محمود مصطفى : سلطة تفتيش الاشخاص

٢١٥ - ٢٢٧
في الدائرة الجمركية

تصدر مجلة الحقوق اربع مرات في العام ، في مارس ويونية وسبتمبر وديسمبر

وتقوم المجلة بالتعليق على جميع المؤلفات القانونية والاقتصادية

التي ترسل منها نسختان لادارتها

قيمة الاشتراك سنويا ١٠٠ قرش في مصر و ٢٥ شلنلن الخارج في بلاد اتحاد البريد

ادارة المجلة : بكلية الحقوق في جامعة الاسكندرية (بالشاطبي)

Hosni Mubarak

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْضَايَةِ

تصدرها :

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور حسين فهمى

السنة الخامسة - العددان الاول والثانى

يناير - مارس سنة ١٩٥١

لجنة التحرير



- ١ - الأستاذ الدكتور حسين فهمي
- ٢ - الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى
- ٣ - الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا
- ٤ - الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف
- ٥ - الأستاذ الدكتور رمزي سيف
- ٦ - الأستاذ الدكتور محسن شفيق
- ٧ - الأستاذ الدكتور محمود محمود مصطفى
- ٨ - الأستاذ الدكتور أنور سلطان
- ٩ - الأستاذ الشيخ معوض مصطفى سرحان



فاتحة السنة الخامسة

بسم الله العلى التقدير تفتح السنة الخامسة من مجلة الحقوق ، التى
مافتتت تعمل لنصرة الثقافة القانونية والاقتصادية فى البلاد ، راجية أن تسهم
بنصيها فى سبيل هذا الغرض النبيل . وهامى تبدأ السنة الخامسة من حياتها
مجددة العهد الذى قطعت على نفسها من أول نشأتها ، من التزام حرية الرأى
والتعمق فى البحث .

ولقد جابها صعابا مادية فى سبيل الاستمرار فى إصدارها ، دأبنا على
التغلب عليها ، وهامى المجلة تعود أقوى ماتكون معاهدين الله على أن نسير
على هدى العمداء السابقين الذين لم يألوا جهدا فى سبيل اعلان شأن المجلة
وتوجيهها توجيها صحيحا .

والبلاد تمر الآن فى ثورة امتدت الى الجذور فاقتلعت الشر من أساسه ،
واتجهت الرغبة الاجتماعية الى إعادة بناء الدولة من جديد فى كافة أوجه
نشاطها حتى تتبوأ مصر مجددا الخالد وسؤدها التليد . ومجلتنا سوف
تعمل بعون الله فى سبيل هذه النهضة المباركة بقدر ما يسمها من الطاقة
وتقدر عليه من الجهد .

والله نسال أن يسدد خطانا وأن يلهمنا من أمرنا رشدا .

حسين فهمى
عميد كلية الحقوق

العرف

في الفقه الاسلامي

لفضيلة الاستاذ الشيخ عمر عبد الله

استاذ مساعد الشريعة الاسلامية بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

**المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للعرف . اقسامه . ما يشترط في
العرف لاعتباره مدركا للفقيه في ابتناء الاحكام الشرعية عليه .**

معنى العرف لغة . تطلق كلمة « العرف » في اللغة العربية على جملة
معان . كما يتضح ذلك من الرجوع الى معاجم اللغة . فقد ورد فيها
استعمال العرب هذه المادة لعدة معان .

وفي كتاب « لسان العرب » لابن منظور : وطار القطا عرفا عرفا بعضها
خلف بعض . وعرف الديك والفرس والدابة وغيرها منبت الشعر والريش
من العنق . والجمع أعراف وعروف . وعرف الرمل والجبل وكل عال .
ظهره وأعاليه . ومنه قول الله تعالى : وعلى الأعراف رجال «١» والأعراف
في اللغة جمع عرف وهو كل عال ومرتع . قال الزجاج . الأعراف أعالي
السور . وعرف الأرض ما ارتفع منها . وأعراف الرياح والسحاب أوائلها
وأعاليها وأحدها عرف . والعرف الاسم من الاعتراف ومنه قولهم : على
الف عرفا أى اعترافا . والعرف ضد المنكر يقال : أولاه عرفا أى معروفا .
والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد النكر . وهو كل ما تعرفه النفس
من الخير وتأنس به وتطمئن اليه «٢» .

وجاء في كتاب « أساس البلاغة » لجار الله الزمخشري ما نصه :

(١) سورة الاعراف رقم ٤٦ (٢) لسان العرب ج ١١ ص ١٤٤ - ١٤٧

وطار القطار عرفا عرفا أى متتابعة . ومن المستعار أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها «١» .

ويقول الامام أبو جعفر الطبرى امام المفسرين فى كتابه « جامع البيان فى تفسير القرآن » من أمهات كتب التفسير وأقدمها عند تفسير الآية : « خذ العفو وأمر بالعرف » «٢» ما نصه : والصواب من القول فى ذلك أن يقال : ان الله أمر نبيه صلى الله عليه وسلم أن يأمر الناس بالعرف وهو المعروف فى كلام العرب مصدر فى المعروف . يقال : أوليته عرفا وعارفا وعارفة . كل ذلك بمعنى المعروف «٣» .

ويتبين من هذه المعانى اللغوية التى ذكرتها كتب اللغة لكلمة « العرف » أن هذه المادة « ع ر ف » تنبىء بحسب وضعها اللغوى عن الظهور والوضوح ويغلب استعمالها فيما ارتفع من الأشياء . وأن استعمالها فى هذه المعانى اللغوية بطريق الحقيقة لا المجاز فيما عدا اطلاقها على أوائل الريح والسحاب والضباب فانه معنى مجازى كما صرح بذلك الزمخشرى حيث قال : ومن المستعار : أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها .

وقد تكرر ذكر هذه المادة وما اشتق منها فى الكتاب والسنة فى مواضع كثيرة واستعمالها لمعنى جامع لكل ما هو معروف بين الناس لا ينكرونه ولا يستبحونه ولكل ما هو مستحسن من الافعال والاقوال فى نظر الشريعة الاسلامية كصلة الرحم والكلمة الطيبة وطاعة الله والتقرب اليه وحسن الصحبة والمعاشرة والاحسان فى المعاملة مع الأهل وغيرهم من الناس «٤» .

معنى العرف اصطلاحاً . وأما العرف فى الاصطلاح الفقهى . فقد عرفه البيرى فى شرحه للاشياء والنظائر قهلاً عن « المستصفى » بقوله : العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول . وعرفه السيد الجرجانى فى كتابه « التعريفات » بقوله : والعرف

(١) ج ٢ ص ١١٠ (٢) سورة الاعراف رقم ١٩٩ (٣) ج ٩ ص ١٠٦

(٤) يراجع النهاية لابن الاثير ج ٣ ص ٨٥ وما بعدها .

العرف في اللغة الاسلامي

ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطبائع بالقبول وهو حجة... وكذا العادة وهي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا اليه مرة بعد أخرى . ويقول الحموي في شرحه للاشباه والنظائر : ان مادة « العادة » تقتضى تكرار الشيء وعوده تكرارا كثيرا يخرج عن كونه واقعا بطريق الاتفاق . وفي رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : ان العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصلق وان اختلفا من حيث المفهوم .

وقال العلامة « على حيدر » شارح مجلة « الأحكام العدلية » في تعريف العادة عند شرحه المادة ٣٦ : العادة محكمة مانصة : هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوى الطباع السليمة بتكراره المرة بعد المرة على أن لفظ « العادة » يفهم منها تكرار الشيء ومعاودته بخلاف الأمر الجارى صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم . والعرف بمعنى العادة .

فيؤخذ من هذه التعريفات الاصطلاحية للعرف أن العرف والعادة في الاصطلاح الفقهي معناهما واحد فقد عرفهما صاحب « المستصفي » بتعريف واحد ونص شارح « المجلة العدلية » على أن العرف بمعنى العادة وصرح ابن عابدين بأنهما من حيث الماصلق بمعنى واحد وان اختلفا من حيث المفهوم . فيكون عطف العادة على العرف في قولهم : بدلالة العرف والعادة وأمثاله من باب التأكيد لا التأسيس فلا تقييد كلمة العادة معنى غير معنى العرف .

اقسام العرف

ينقسم العرف الى عرف عملي وعرف قولى وكل من هذين القسمين اما عام واما خاص . وفي « العناية » عند شرح قول « الهداية » : أو هو عرف عملي . ما نمعه : أي عرف من حيث العمل والاستعمال لا من حيث

اللفظ وبيانه أن العرف على نوعين لفظي نحو الدابة تقيد لفظا بالفرس ونحو المال بين العرب بالابل • وعلى أى عرف من حيث عمل الناس كذا كلبسهم الجديد يوم العيد وأمثاله «١» ا ه •

فالعرف العملى هو ما جرى عليه عمل الناس وتعارفوه فى معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارفهم لبس الثياب الجديدة فى الأعياد ودخول الحمام العام بدون تعيين زمن للمكث فيه ومن غير تعيين لمقدار الماء الذى يستعمل ويستهلك للاغتسال • وتعارفهم استصناع الأدوات المنزلية واستهجان الاكل فى الطرق وتعارفهم ان وضع اليد على العين مدة طويلة دليل الملكية • وهو اما عام كالأمثلة السابقة أو خاص وهو ماتعامله قوم مخصوصون أو أهل بلد واحد أو أرباب حرفة واحدة كتعارف بعض البلاد فى مصر تعجيل نصف الصداق وتأجيل نصفه الآخر لأقرب الأجلين الطلاق والموت •

وأما العرف القولى فقد عرفه شهاب الدين القرافى فى فروقه حيث قال : العرف القولى أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ولم يكن ذلك لغة • ثم بين أن العرف القولى يكون فى المفردات وفى المركبات ومثل لكل منهما بجملة أمثلة «٢» • ويقول القرافى فى كتابه « الاحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام » ما نصه : أن معنى العادة فى اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ واستعماله فى معنى حتى يصير هو المعتاد من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه • فهذا هو معنى العادة فى اللفظ وهو الحقيقة العرفية وهو المجاز الراجع فى الأغلب وهو معنى قول الفقهاء : ان العرف يقدم على اللغة عند التعارض «٣» ا ه •

فالعرف القولى سواء كان عاما أو خاصا هو اتفاق أهل العرف العام أو الخاص على أن يراد من اللفظ مفردا أو مركبا غير معناه الأصلي لغة

(١) ج ٢ ص ٢٠٢

(٢) يراجع الفروق ج ١ ص ٢٧١ طبع دار احياء الكتب العربية •

(٣) ص ٦٨-٦٩ من الكتاب المذكور •

العرف في اللغة الإسلامي

بعيث اذا أطلق انصرف الى المعنى العرفي بمجرد سماعه بدون حاجة الى قرينة . وبيان ذلك أن اللفظ اذا استعمل في المعنى الذي وضع له لغة يسمى حقيقة . واذا استعمل في غيره لقرينة مانعة من ارادة المعنى الحقيقي يسمى مجازا بالنظر الى وضع اللغة . فاذا كثر استعماله في هذا المعنى المجازي بعيث لا يستعمل اللفظ في غيره أو يستعمل استعمالا قليلا في غيره صار استعماله في المعنى المجازي حقيقة عرفية عامة أو حقيقة عرفية خاصة بحسب المستعملين للفظ من كونهم عامة أهل البلاد أو جماعة مخصوصة من الناس لأن المعنى اللغوي الذي وضع له اللفظ أصبح متروكا ومهجورا . ونقل اللفظ من المعنى اللغوي الأول الى المعنى الثاني الذي اصطلح عليه بكثرة استعماله فيه عند أهل العرف حتى لا يحتاج في فهمه من اللفظ الى قرينة . ويعتبر هذا الاستعمال الشائع في عرف التخاطب وضعا جديدا للمعنى الثاني الذي تمورف اطلاق اللفظ عليه فيكون اللفظ مستعملا فيما وضع له في عرف التخاطب فيكون حقيقة عرفية .

ولنوضح ماتقدم بالأمثلة فنقول : الحقيقة العرفية العامة مثل كلمة « الدابة » فانها في أصل وضعها اللغوي اسم لما يرب على الأرض ثم خصصها العرف اللغوي العام بذوات الأربع كالفرس والبغل والحصان مما يركب عادة ويحمل عليه . وشاع استعمالها في ذلك بحسب العرف العام حتى صار هذا الاستعمال لكلمة « الدابة » حقيقة عرفية لغوية لا يراد غيرها من هذه الكلمة عند اطلاقها ولا يتبادر الى الذهن عند سماعها الا هذا المعنى فيفهم ذلك منها بدون قرينة لان المعنى الأصلي اللغوي للكلمة أصبح مهجورا غير مقصود منها عند اطلاقها .

والعرفية الخاصة كالألفاظ المصطلح عليها في عرف الشرع أو في عرف طائفة من الناس . فالفقهاء عند ما يستعملون كلمات النكاح . والطلاق . والرضاع . والحضانة . والصلاة والصوم والحج . وغير ذلك من الألفاظ الاصطلاحية الشرعية انما يريدون منها عند الاطلاق المعاني الشرعية لهذه الكلمات ولا يفهم منها سواها لأنها أصبحت حقيقة عرفية لهذه المعاني في

عرف الشرع ولا يقصد من هذه الكلمات وأمثالها في استعمالات الفقهاء المعاني اللغوية لأنها أصبحت مهجورة في اصطلاحهم وفي عرف الشرع حتى لو أريد منها المعاني اللغوية فلا بد من قرينة تفيد هذه الإرادة . فإذا أطلق لفظ الصلاة عند الفقهاء يراد بها العبادة المعهودة المعروفة ويتبادر الذهن الى هذا المعنى العرفي ولا يفهم منها معناها اللغوي وهو الدعاء كما لا يقصد منها هذا المعنى عند اطلاقها لهجره وتركه في عرف الشرع .

وكذا الألفاظ التي اصطلح عليها أهل العلوم وأرباب الصناعات والحرف إنما يراد ويفهم منها عند اطلاقها المعاني الاصطلاحية دون المعاني اللغوية لتلك الألفاظ . فلا يفهمون منها في مخاطبتهم بتلك الألفاظ وعند استعمالهم لها في تحدثهم وكتاباتهم غير هذه المدلولات والمعاني الاصطلاحية لأنها أصبحت حقيقة عرفية في عرفهم واصطلاحهم بحيث لا يخطر في أذهانهم المعاني اللغوية لتلك الكلمات ولا يلتفتون إليها لكونها أصبحت مهجورة غير مقصودة في اصطلاحهم وعرفهم . والسبب في هذا أن اللفظ عند أهل العرف العام أو الخاص حقيقة في معناه العرفي ومجاز في غيره ولو كان هذا الغير معنى لغوياً للفظ بحسب وضعه الأصلي فلا بد للدلالة عليه من قرينة تصرف إليه وتمنع من إرادة المعنى العرفي .

وإذا تعارف قوم اطلاق لفظ الدابة على الحمار كما في عرف بعض البلاد في مصر أو اطلاقها على الفرس كما في عرف أهل العراق بحيث لا يتبادر عند سماعها إلا ذلك المعنى المتعارف تكون دلالاته حقيقة عرفية خاصة . وعرف ابن عابدين العرف العام في رسالته « شفاء العليل في حكم الوصية » بأنه ماتعامله المسلمون من عهد الصحابة إلى زماننا وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف وإن خالف القياس ولم يرد به النص ولا قام عليه دليل فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية وقد قالوا أن العرف بمنزلة الأجماع عند عدم النص « ١ » ا هـ . ويؤيد هذا التعريف

الذي ذكره ابن عابدين للعرف العام ما قاله علماء الحنفية في جواز الاستصناع: أن القياس عدم جوازه ولكننا تركنا القياس بالتعامل به من غير تكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار وهذا حجة يترك به القياس . ويقول شارح المجلة المدلية : والعرف العام عندنا هو العرف الجاري منذ عهد الصحابة حتى زماننا والذي قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفا للقياس .

ويلاحظ على هذين التعريفين للعرف العام أن العرف العام بهذا المعنى هو الاجماع العملي بأوضح صوره وأجلى مظاهره ويشير الى هذا الكمال ابن الهمام حيث يقول : اننا جوزنا الاستصناع استحسانا بالتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله الى يومنا بلا تكير . والتعامل بهذه الصفة مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم : لا تجتمع أمتي على ضلالة اهـ فلا بد أن يكون العرف العام أعم وأشمل مما ذكر فيقال في تعريفه : هو ماتعامله عامة أهل البلاد قديما أو حديثا لأنهم يصرحون بأن العرف العام هو ماقابل العرف الخاص ويقولون ان العرف الخاص أن يتعارف أهل بلدة واحدة أو طائفة مخصوصة على استعمال شيء . فيكون المراد بالعرف العام ماقابل العرف الخاص . وهو ماتعامله أهل البلاد عامة سواء أكان ذلك قديما أم حديثا .

ما يشترط في العرف لينبئ عليه الحكم

ليس كل عرف صالحا لبناء الأحكام الفقهية عليه ولاعتبره دليلا يرجع اليه الفقيه اذا أعوزه النص من كتاب أو سنة أو افتقده الاجماع بل العرف الذي اعتبره الفقهاء على اختلاف مذاهبهم أساسا لبعض الأحكام الشرعية هو ماتوافرت فيه الشروط الآتية :

أ - أن يكون العرف مطردا أو غالبا عند أهل العرف . قال ابن نجيم المصري في كتابه « الأشباه والنظائر » : انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت . ولذا قالوا في البيع لو باع بدراهم أو دنانير وكانا في بلد يختلف

فيه النقود مع الاختلاف في المالية والزواج انصرف البيع الى الأغلب قال في الهداية : لأنه المتعارف فينصرف المطلق اليه اهـ .

وقال جلال الدين الأسيوطى في كتابه « الأشياء والنظائر » : انما تعتبر العادة اذا اطردت فان اضطربت فلا . اهـ . وأما العرف المشترك فغير معتبر ولا يعمل به فلا يبنى عليه الحكم . فاذا وجد عرف في البلد الذي حصل فيه الزواج بأن جهاز الأب لبنته من ماله يعتبر عارية ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية وتمليكا وتساوى العرفان فقام الأب بتجهيز بنته من ماله وزفت بهذا الجهاز الى زوجها ثم حصل نزاع بينهما . اختلفا في أن الجهاز عارية أو هبة فادعى الأب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها ومطالبها برده اليه . وأنكرت هي ذلك وادعت أنه هبة وتمليك حتى لا يملك حق الرجوع عليها لأن من موانع الرجوع في الهبة القرابة المحرمة . ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه . لم يصلح هذا العرف المشترك دليلا لاحد الخصمين لتعارض العرفين اذ لا يوجد مرجع لأحدهما على الآخر لتساويهما . وحينئذ يكون القول للأب بيمينه لانه المعطى فهو أدرى بصفة الاعطاء واذا كان أحد العرفين غالبا عمل به ولم يلتفت الى الآخر ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب بيمينه فيحكم له بدعواه اذ لا تعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما . اذ المرجوح لا يعارض الراجح وانما يتحقق التعارض بين المتساوين وكون أحد العرفين أشهر وأغلب يجعل قرينة على ارادته . وفي « نشر العرف » نقلا عن البيروني شارح الاشباه ان العرف المشترك لا يصح الرجوع اليه لانه لما كان مشتركا صار متعارضا فالعمل بأحدهما ترجيح بلا مرجع فلا يبنى عليه الحكم . قال العلامة قاسم بن قطلوبغا في أول كتابه « تصحيح القدورى » ! والمرجوح في مقابلة الراجح بمنزلة العدم . والترجيح بغير مرجع في المتقابلات ممنوع .

ب - ا لا يخالف العرف النص من كتاب أو سنة . وفي كتاب المبسوط

للسرخس : وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر «١» اهـ فان أثبت
العرف حكماً مخالفاً لما أثبتته النص يعمل بالنص ويترك العرف المخالف
ولا يعتد به . اذ لا اعتبار للعرف في هذه الحالة لأن النص أقوى من العرف
والأقوى لا يترك بالأضعف . وانما كان النص أقوى من العرف لأمور :

(١) ان العرف يجوز أن يكون على باطل كتعارف الناس في عصرنا
لعب الميسر وتعاطيتهم شرب الخمر وتعاملهم بالربا وتعارفهم الخروج بمصر
الى المقابر في الأعياد والميit فيها . وأما النص بعد وروده وثبوته فلا يحتمل
بحال من الأحوال أن يكون على باطل لأنه الحق الذي لا يأتيه الباطل بين
يديه ولا من خلفه .

(٢) العرف انما يكون حجة على الذين تعارفوه والتزموه دون غيرهم
بخلاف النص الشرعي فانه حجة على الكافة ويلزم بالعمل بمقتضاه جميع
الناس . ولا شك أن الحجة الملزمة للجميع أقوى من الحجة القاصرة على
بعض الناس .

(٣) كون العرف حجة على من تعارفوه وتعاملوا به ثبت بالنص . وهو
قوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . كما
صرح بذلك المحقق العلامة الكمال بن الهمام في فتح القدير على الهداية .

(٤) لانزاع في أن النص هو الأصل الأول والمصدر الأساسي الذي
يعتمد عليه في معرفة الأحكام الشرعية واستنباطها وأن له المرتبة الأولى
ولا يلجأ الى غيره عند وجوده وليس للعرف هذه المنزلة والمرتبة . وكون
النص أقوى من العرف أمر متفق عليه ولا ينازع فيه أحد فلا يحتاج الأمر
الى الاستدلال على ذلك ولكننا جارينا الكمال بن الهمام وتابعناه فيما قاله
ليبين كون النص أقوى من العرف «٢» .

وعدم العمل بالعرف المخالف للنص اذا كان يلزم من العمل به ابطال

الحكم الشرعى الذى ثبت بالنص حتى يكون العرف قاضيا على النص . وذلك بأن خالفه من كل وجه بحيث اذا عمل بالعرف لزم منه ترك النص وعدم العمل به . وهذا لاشك فى رده وعدم اعتباره كتنافر الناس كثيرا من المحرمات شرعا كالربا ولعب الميسر وشرب الخمر والتحلّى بالذهب ولبس الحرير وغير ذلك من المحرمات التى نص عليها الشارع . لأن الناس مكلفون بالعمل بمقتضى النصوص الشرعية ولا يملكون حق تغييرها ومخالفة النص وترك العمل بمقتضاه . ولذا ود على أبى بكر محمد بن الفضل قوله : ان ماتحت السرة الى موضع نبات الشعر ليس بعورة بالنسبة للرجل لتعامل العمال فى الابداء عن ذلك الموضع عند الاتزار وفى نزاع الناس عن العادة نوع حرج . حيث قال العلماء فى رد هذا الرأى أن التعامل بخلاف النص لا اعتداد ولا اعتبار به . وانما يعتبر التعامل فيما لانص فيه «١» . والنص الوارد فى هذا الشأن هو ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته .

وأما اذا لم يكن العرف مخالفا للنص من كل وجه ولم يكن قاضيا عليه ولا مبطلا للحكم الذى أثبتته كما اذا كان النص الشرعى عاما والعرف خالفه فى بعض أفراداه . فانه يعمل بالعرف والنص معا . ويكون العرف مخصصا للنص العام لا مبطلا له . وتخصيص النص بالعرف العام محل اتفاق . مثاله أن النص ورد من الشارع فى نهى الانسان عن أن يبيع ما ليس عنده . وجوز الفقهاء الاستصناع لعرف الناس وتعاملهم به مع أن النص يشمل ويتناول اذ يصدق على الاستصناع أنه يبيع ما ليس عند الانسان فهو منهى عنه بالنص . فقد عمل بمقتضى النص فى غير الاستصناع وعمل بالعرف فى الاستصناع فلم يلزم من العمل بالعرف المخالف للنص ترك النص «٢» .

ملحقدم يبيانه اذا خالف العرف النص الشرعى ولم يكن النص وقت وروده مستندا الى العرف ولا مبنيا على تعامل الناس وعاداتهم . وأما اذا

(١) كتاب البسوط ج ١٠ ص ١٤٦ .

(٢) انظر رسالة رسم المفتى . ورسالة نشر العرف .

كان النص الشرعي مبنيًا على عرف الناس وعاداتهم وقت صدوره أي ورد النص مقررا للعرف السائد بين الناس وموافقا لعاداتهم التي يتبعونها ويلتزمون العمل بها ثم تغير العرف وتبدلت العادة بأن حدث عرف جديد طارئ، مخالف للعرف الذي قرره الشارع بالنص. مثال ذلك أن الشارع نص على أن البر والشعير والتمر والملح من المكيلات وعلى أن الذهب والفضة من الموزونات. فإذا تغير العرف وأصبح المكيل موزونا والموزون مكيلا. فإنه لا اعتبار لهذا العرف الطارئ بل العبرة للنص بالأشياء التي نص الشارع على أنها مكيلة تظل مكيلة والأشياء التي نص على أنها موزونة لا تتأثر بتغير العرف وهذا رأى الامام أبي حنيفة ومحمد. فلو بيع تمر بتمر وزنا كما هو العرف الآن لم يجز هذا البيع عندهما ويكون ربا. وعند أبي يوسف يجوز البيع ولا يعتبر ذلك ربا لأن العبرة بالعرف الطارئ القائم وقت البيع لأن الشرع حينما نص على أن هذه الأشياء مكيلة أو موزونة إنما راعى في ذلك العرف السائد بين الناس في عد هذه الأشياء من المكيلات أو من الموزونات فرجع النص ومرده في اعتبار الكيل معيارا للبر والشعير والتمر والملح. وفي اعتبار الوزن معيارا للذهب والفضة إنما هو العرف الذي كان قائما وقت صدور النص. فلو كان العرف بالعكس لجاء النص على وقفه ولاعتبر الكيل معيارا للذهب والفضة والوزن معيارا للبر وأمثاله مراعاة للعرف. وحيث أن الملاحظ من جهة الشارع في عد هذه الأشياء من المكيلات أو الموزونات إنما هو العرف يكون العرف هو الممول عليه وهو المنظور اليه. فإذا ما تغير العرف وتبدلت العادة يجب أن يتغير الحكم. وحينئذ فاعتبار العرف الطارئ بعد النص لا يكون تركا للنص ولا مخالفا له بل يكون ذلك اتباعا للنص وعملا بموجبه. وما لم ينص الشارع على أن معياره بالوزن أو الكيل فقد اتفق الكل على أن المرجع في ذلك هو العرف والعادة.

ويكاد أبو حنيفة ومحمد يكونان ظاهري المذهب في هذه المسألة حيث أنهما تمسكا بالنص الحرفي ولم ينظرا إلى علة النص وسببه بخلاف أبي يوسف فإنه علل النص واعتبر العرف مرد النص ومرجه ولهذا لم يتمسك بالنص

الحرفي اذا وجد العرف المخالف للطارئ على النص . ورأى أبى يوسف في هذه المسألة أولى باتباعه لأنه أرفق بالناس لما فيه من التيسير والتسهيل في مبادلاتهم المالية ومعاملاتهم التجارية . كما أنه أوفق لمقاصد الشريعة الاسلامية السمحة التي جاءت للتيسير على الناس لا للتعسير والتشديد والتضييق عليهم . فان العرف جار بين الناس من مدة طويلة على اعتبار التمر والملح والدقيق من الموزونات وعلى اعتبار النقود الذهبية والفضية من المعدودات . وفي رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : لو تعارف الناس بيع الدراهم بالدراهم أو استقراضها بالعدد كما في زماننا لا يكون مخالفا للنص فافقه تعالى يجزى أبى يوسف عن أهل الزمان خير الجزاء فلقب سد عنهم بابا عظيما من الربا « ١ » اهـ .

والظاهر من كلام الكمال بن الهمام في فتح القدير على الهداية ترجيح رأى أبى يوسف في هذه المسألة وقد صرح العلامة سعدى چلبى في حاشيته على « العناية شرح الهداية » بأن استقراض الدراهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ينبغى أن يكون مبنيا على ما روى عن أبى يوسف في هذه المسألة « ٢ » .

ج - ألا يكون العرف مخالفا لنص أو شرط لأحد المتعاقدين . فاذا وجد نص أو شرط لأحدها وجب العمل بمقتضى النص أو الشرط مادام الشرط صحيحا . ولا يلتفت الى العرف اذ لا عبرة للعرف اذا وجد نص على خلافه . فلو استأجر شخص آخر بأجر معلوم على الخدمة والعمل في منزله ونص في العقد على أن مدة العمل يوميا من الظهر الى العصر فالواجب على الأجير العمل في المدة الميمنة المنصوص عليها وليس للمستأجر أن يلزمه العمل من الصباح الى المساء ان كان عرف البلد جاريا على ذلك . واذا كان العرف والعادة بين الناس على أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة

(١) من ١١٨ من رسائل ابن عابدين .

(٢) ج ٦ من ١٥٧ .

للعرف مع النص على مخالفته .

« أن يكون العرف سابقا ومقارنا لزمن الشيء الذي يحصل على العرف فلا عبرة بالعرف المتأخر الطارىء على العقد أو التصرف الذي يراد فيه التحكم الى العرف والعادة . قال في « الاشباه » العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولذا قالوا : لا عبرة بالعرف الطارىء »^(١) اهـ .

فعبارات الواقفين وشروطهم في حجة الوقف . ونصوص الوثائق والفاظ الحجج في العقود والتصرفات وما دون فيها من قيود وإطلاقات والتزامات واشترطات . وما جاء فيها من اصطلاحات . يراعى في فهمها وتفسيرها العرف الذي كان قائما وقت صدور العقود وإنشاء التصرفات لأن كل عاقد أو متصرف بل كل متكلم إنما يتكلم بحسب عرفه وإنما يقصد من كلامه ما يتعارفه . فيفهم لفظه ويبين المعنى المقصود منه بحسب عادته في خطابه وعرف بيئته وعادة عصره وأقليمه . ولا يلتفت الى العرف الحادث بعد إنشاء العقد أو التصرف .

وفي كتاب « البحر الرائق شرح كنز الدقائق » لابن نجيم المصري قلا عن الكافي : والأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف أهله . وفي رسالة « رسم المفتى » لابن عابدين : تجري الألفاظ والعقود في كل بلدة على عادة أهلها ويراد منها ذلك المعتاد منها بينهم ويماملون بما يقتضيه ذلك من صحة وفساد وتحريم وتحليل وغير ذلك . لأن المتكلم إنما يتكلم على عرفه وعادته ويقصد ذلك بكلامه وإنما يعامل كل أحد بما أراده »^(٢) اهـ . يعمض تصرف . ويقول ابن القيم في كتابه « أعلام الموقعين » : فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونية وعرفه فتجنى عليه وعلى الشريعة وتسبب اليها ما هي بريئة منه وتلزم الحالف والتاذر والعاقد

(١) ج ١ ص ١٢٢ طبع دار الطباعة العامرة بالاستانة .

(٢) الرسالة المذكورة ص ٤٨ .

ما لم يلزم الله ورسوله به «١» .

وفي شرح « تنقيح الفصول » لشهاب الدين أبي العباس القرافي المالكي : القاعدة أن من له عرف أو عادة في لفظ انما يحمل لفظه على عرفه ... أما العادات الطارئة بعد النطق لا يقضى بها على النطق فان النطق سالم من معارضتها فيحمل على اللغة . ونظيره اذا وقع العقد في البيع فان الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد . وما يطرأ بعد ذلك من العادات في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم . وكذلك النذور والاقرار والوصية اذا تأخرت العادة عليها لا تعتبر وانما يعتبر من العادات ما كان مقارنا بها . فكذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها الا ما قارنها من العادات «٢» .

اعتبار الفقهاء العرف دليلا من ادلة الفقه

فقهاء الشريعة الاسلامية قديما وحديثا على اختلاف مذاهبهم أخذوا بالعرف واعتبروه دليلا يبنى عليه كثير من الأحكام الفقهية . وفي تنقيح الفصول لابي العباس القرافي المالكي : أما العرف فم مشترك بين المذاهب ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك . وفي الاشياء لابن نجيم : ان اعتبار العادة والعرف يرجع اليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا : ويقول ابن العربي في كتابه « أحكام القرآن » عند تفسير قول الله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » : العادة دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام : ويقول ابن عابدين في منظومته في رسم الفتى :

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

ومن تتبع كتب الفقه المؤلفة قديما وحديثا واستقرأ أقوال الفقهاء القدامى والمتأخرين . ونظر الى الفروع الفقهية يجد كثيرا من الشواهد والعبارات الدالة على أن فقهاء الشريعة الاسلامية راعوا في كثير من الأحكام

(١) ج ٣ ص ٤٦ .

(٢) ص ١٩٤ من الكتاب المذكور .

عرف الناس وعاداتهم • وأنهم اعتبروا العرف دليلاً يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص الشرعي من الكتاب والسنة • فمن أقوال الفقهاء الواردة في كتب الفقه : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً • المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً • المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ • المادة محكمة • الثابت بالعرف كالشأن بالنص • التعيين بالعرف كالتعيين بالنص • ترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة • والتمويل في هذا الباب على العرف والعادة • ويقولون في بعض الأحكام : إن المدرك فيها العرف وأن مستند الفتوى العرف والعادة • وغير ذلك من العبارات الكثيرة التي وردت في المؤلفات الفقهية • فهذه العبارات والأقوال وأمثالها لا تدع مجالاً للشك في أن العرف يرجع إليه في كثير من الأحكام عند عدم وجود نص من الكتاب والسنة وأنه يلجأ إليه الفقيه والقاضي والمفتي في معرفة الأحكام الشرعية وتطبيقها على الوقائع والجزئيات حيث لا يوجد نص من الشارع •

استدلال الفقهاء على حجية العرف

استدل شمس الأئمة السرخسي في كتابه « المبسوط » على اعتبار العرف حجة لاثبات الأحكام الشرعية بقوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن • حيث يقول ما نصه : وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ^(١) وكذا استدل الكاساني في « بدائنه » على حجية العرف بالحديث المذكور فقد قال ما نصه : وعرف المسلمون وعاداتهم حجة • • • قال النبي صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ^(٢) • واستدل الكمال بن الهمام أيضاً بهذا الحديث على حجية العرف حيث يقول في كتابه « فتح القدير على الهداية » : ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ^(٣) • ويقول ابن نجيم

(١) ج ١٢ ص ١٣٨ . (٢) ج ٥ ص ٢٢٣ . (٣) ج ٦ ص ١٥٧ .

في « الأشباه والنظائر » عند شرحه « القاعدة السادسة » : العادة محكمة مانصه : وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن (١) .

وفي رسالة « نشر العرف » : أن بعض العلماء استدل على اعتبار العرف بقول الله تعالى « خذ العفو » وأمر بالعرف (٢) ١ هـ . وقد استدل بهذه الآية على اعتبار العرف دليلاً وحجة شهاب الدين القرافي فقد جاء في كتابه « القروق » : فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية . واستدل

(١) ومع أن كتب الفقه متضافرة في نقل هذا الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم فقد قال العلاني في شأنه : لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال . وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده . وقد تعقبه الحموي في كتابه « غمز عيون البصائر » في أن الحديث المذكور أخرجه أحمد في مسنده حيث جاء فيه : قال السخاوي في المقاصد الحسنة : حديث ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن رواه أحمد في كتاب السنن من حديث أبي وائل عن ابن مسعود قال : إن الله نظر في قلوب العباد فاختر محمد أصلي الله عليه وسلم فبعثه برسائه . ثم نظر في قلوب العباد فاختر له أصحاباً فجعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه . فما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المؤمنون قبيحاً فهو عند الله قبيح . وهو موقوفاً حسن . ووهم من عزاه لمسند أحمد . ثم قال الحموي : فكان العلاني تبع من وهم في نسبته إلى مسند أحمد . وقال العلامة جمال الدين الزيلعي في كتابه القيم « نصب الراية لأحاديث الهداية » عن الحديث المذكور - ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن - : أنه غريب مرفوعاً ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود . وله طرق ثم ذكر تلك الطرق . (ج ٤ ص ١٣٣) وفي تعليقات الأستاذ محمد الخضرم التونسي على الموافقات للشاطبي : هذا الحديث رواه أحمد والبخاري في مسندهما موقوفاً على ابن مسعود وروى مرفوعاً من حديث انس لكن أسنده ساقط . (ج ٢ ص ٢٢٨) . ١ والاستاذ محمد الخضرم عين شيخا الجامع الأزهر بعد كتابة هذا المقال بمدة) .

وقد يقال أن حديث ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن . وإن كان موقوفاً على ابن مسعود فهو في حكم الحديث المرفوع لأن ما دل عليه من أن ما رآه المسلمون حسناً يكون حسناً عند الله ويعتبر رأيهم حجة . مما لا مجال فيه للعقل والاجتهاد والرأي . إذ لا يدرك ذلك إلا بالنص من الشارع . فلا بد أن يكون ابن مسعود رضي الله عنه قد سمع ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم وقد تلقى الفقهاء الحديث بالقبول وعملوا بمقتضاه .

بها أيضا علاء الدين الطرابلسي في كتابه «معين الحكام» حيث قال: «باب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة». قال تعالى «خذ العفو وامر بالعرف».

وقد يستدل على حجية العرف وعلى اعتباره شرعا كأصل يبنى عليه الحكم أو على الأقل قد يستأنس على ذلك بقوله تعالى «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس الا وسعها» (١) وبالحديث الذي رواه البخاري وغيره عن عائشة وهو أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله ان أبا سفيان - زوجها - رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال صلى الله عليه وسلم: «خذى مايكفيك وولدك بالمعروف» وبقوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع بشأن الزوجات: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» قال الامام ابن جرير الطبري في تفسير الآية الكريمة وفي بيان معنى كلمة «المعروف» ويعني بقوله: بالمعروف. مايجب لمثلها على مثله اذ كان الله تعالى ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالفقر والغنى. ويقول أبو بكر الرازي المشهور بالخصاص في كتابه «أحكام القرآن» في تفسير الآية المذكورة: ويطلق أيضا - يعني قوله تعالى بالمعروف - على أنها (أي النفقة الزوجية) على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج. وقد بين ذلك بقوله عقيب ذلك: لا تكلف نفس الا وسعها. فاذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط. وكذلك اذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها (٢).

وفسر لفظ المعروف في الحديثين كما في الآية بالأمر المعتاد المتعارف عند الناس أي القدر الذي علم بالعرف والعادة أنه يكفي الزوجة ويقوم بحاجتها حسب المألوف المعروف. فقد نص الكتاب والسنة على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بدون أن يتعرض لمقدارها ولا لنوعها بل تركا

(١) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٣.

(٢) ج ١ ص ٤٠٤.

أمر تقديرها الى عرف الناس وعاداتهم . فتقدر النفقة في كل حادثة جزئية بمراعاة العرف وعلى حسب مجرى العادة . وقد دلت هذه النصوص على أن العرف هو المرجع في تطبيق الحكم الكلي وهو وجوب النفقة الزوجية على الزوج على الحوادث الجزئية والوقائع الفردية . وقد قال ابن العربي في كتابه « أحكام القرآن » : قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » (١) هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا وانما تقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه . فتقدر بالاجتهاد على مجرى المادة ثم يقول : قد بينا أنه - الاتفاق - ليس له تقدير شرعا وانما أحاله الله سبحانه وتعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله عليه الاحكام وربط به الجلال والعرا م وقد أحاله الله على العادة فيه في الكفارة فقال : فاطعمام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم (٢) ١ هـ .

العرف والتشريع الاسلامي

كانت الأمة العربية قبل اشراق نور الاسلام وبعث الرسول خاتم الانبياء والمرسلين . كآية أمة من الامم لها نوع من العبادات والمعتقدات . وضروب من المبادلات والمعاملات في كل ما يتصل بمختلف شؤون الحياة من دينية واجتماعية واقتصادية ومالية وتجارية وسياسية . وغير ذلك من أمور الدنيا . ولم تكن للعرب حكومة منظمة يخضعون لسلطانها ويستظلون برأيها . كما لم يكن لهم قانون مدون يتبعون نصوصه ولا أنظمة مكتوبة يسيرون عليها ولا كتاب سماوي يلتزمون العمل به . بل كانت أمة أمية . وفي الكتاب العزيز : « هو الذي بعث في الاميين رسولا منهم » (٣) وفي الحديث الشريف : « بعثت الى أمة أمية » لهم عادات قومية يتبعونها وتقاليد موروثة يعملون بموجبها ولا يحدون عنها . وأعراف متبعة

(١) سورة الطلاق الآية رقم ٧ .

(٢) ج ٢ ص ٢٧٠ .

(٣) البقرة ١٢٧ .

يسرون عليها ويتقيدون بها • كوتتها تجاربهم في الحياة أحقابا متعاقبة • ومعتقداتهم التي ورثوها عن الآباء والاجداد على مر الايام والسنين • أو اقتبسوها من الاديان والشرائع الماضية كدين أيهم ابراهيم عليه الصلاة والسلام الذي بنى الكعبة المكرمة « اذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت » (١) « ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا وهدى للعالمين » (٢) • أو نقلوها من اليهودية والنصرانية • وقد انتقل اليهم بحكم الجوار والاختلاط بعض النظم التي كانت لدولة الرومان التي كانت لها السيادة والحكم على البلاد الشامية • ولدولة الفرس التي كانت صاحبة النفوذ والسلطان على البلاد العراقية • وهما في ذلك الحين أقوى دولتين في الارض تتنازعان السيادة والتسلط على العالم • وتتسابقان في السيطرة عليه والاستئثار بالحكم بكل ما أوتي لهما من قوة وبأس • وكاتتا قد بلفتا شأوا بعيدا في التقدم والحضارة والرقى في المدنية • وأخذتا بنصيب وافر في التشريع والتقنين والتنظيم •

وكان دستور العرب في شئونهم الاجتماعية وقانونهم في معاملاتهم بأوسع معانيها في كل ما يتصل بالحياة من مبادلات مالية وارتباطات عائلية وعلاقات بين الافراد والجماعات وغير ذلك من الامور التي لاغنى عنها لاية أمة • هذه المجموعة من العادات والاعراف والتقاليد والمعتقدات التي أصبحت أكثرها وثنية مع مرور الزمان ما أنزل الله بها من سلطان •

جاء الاسلام وبعث محمد صلى الله عليه وسلم خاتم الانبياء والمرسلين رحمة للعالمين ليتم مكارم الاخلاق وليكمل الشرائع السماوية • ويهدي الناس أجمعين الى الصراط المستقيم • ويرشدهم الى مافيه سعادتهم وصلاحهم وخيرهم في هذه الدنيا وفي الآخرة • بالشرعة الاسلامية السمحة التي هي خاتمة الشرائع وأكملها وأعدلها لا يأتيها الباطل من بين يديها

(١) سورة البقرة الاية ١٢٧ •

(٢) الاية رقم ٩٦ من سورة آل عمران •

ولا من خلفها والتي اشتملت على قوانين السياسة الدينية والمدنية وجمعت أصول أسباب الرقي والسعادة للبشر كافة . فلم تدع قصصا ولم تترك ثلمة في ناحية من نواحي الحياة . حتى تأتي شريعة أخرى تكمل النقص وتسد الثلمة . فكتب لها الخلود والبقاء والموم فكانت الشريعة العامة للعالمين « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » ^١ « وما أرسلناك الا كافة للناس بشيرا ونذيرا » ^٢ « قل يا أيها الناس اني رسول الله اليكم جميعا » ^٣

ولما كان للمعادات التي ألغها الناس وساروا عليها أزمانا متطاولة في حياتهم ومعاملاتهم وللأعراف التي تعارفوها وعملوا بها أحقابا متعاقبة في مجتمعاتهم وتصرفاتهم . سلطان عظيم على الناس وأثر عميق في النفوس حتى قيل : العادة توأم الطبيعة . وجاء في الامثال : العادة أم لك من الأدب . كان في نزع الناس عن عاداتهم . وفي إقلاعهم عما ألفوه ضيق وحرَج ومَشَقَّة لهم . اذ النفوس جبلت على التعلق بما ألفت والتمسك بما اعتادت عليه . فقد غنى المشرع الاسلامي ببراعة العرف الصالح ومسايرته وعدم مجانبته وتجافيه فيما شرع للناس من الاحكام . وسن من القوانين في مختلف الشئون . حتى يسهل على الناس قبولها . ولا يجدوا في تطبيقها والعمل بمقتضاها مشقة وصعوبة . ولا يلقوا ضيقا وحرجا في الخضوع لها . لانها غير مجافية لما تعارفوه وألفوه . وغير مجانبة لما اعتادوه وتعاملوا به . قال تعالى : « اجعل عليكم في الدين من حرج » ^٤ « وقال جل وعلا : يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » ^٥ « وقال : يريد الله أن يخفف عنكم » ^٦ « وقال « وما أرسلناك الا رحمة للعالمين » وقال عليه

(١) سورة الانبياء رقم ١٠٧ .

(٢) الآية ٢٨ من سورة سبا .

(٣) الآية رقم ١٥٨ من سورة الاعراف .

(٤) الآية ٧٨ من سورة الحج .

(٥) سورة البقرة رقم ١٨٥ .

(٦) سورة النساء الآية ٢٨ .

الصلاة والسلام بعثت بالحنيفية السمحة ، وروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما خير بين شيئين إلا اختار أيسرهما على أمته » .

وقد تعرض الاسلام في تشريعه وتقنينه في وضع الاحكام الشرعية .
 لعرف العرب وعاداتهم في الجاهلية التي كانت سائدة وقت نزول الوحي وقائمة عند التشريع . وعنى بها التشريع الاسلامي ونظر اليها وتناولها بما يتفق ومقاصد الشريعة وأهدافها . من جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم . وبما يحقق ما يتوخاه الدين الاسلامي في سن القوانين من اليسر على الناس لا العسر . فلم يعمد الى هدم تلك العادات والاعراف كلها ولا الى اقرارها كلها بدون تمييز بين الضار والنافع والفاقد والصالح . والناقص والكامل منها . لان ذلك يجانب الحكمة ويجافي المصلحة ولا يتفق مع الغرض والغاية التي جاء بها الدين الاسلامي . وهي ارشاد الناس وهدايتهم الى ما فيه خيرهم وصلاحهم . واصلاح ما فسد من أمرهم في معتقاداتهم ومعاشهم ومعاملاتهم . وتقديم ما اعوج من أخلاقهم وتهذيب نفوسهم . ودفع المضرة والمفسدة عنهم وجلب المصلحة والسعادة لهم . بل تناول الاسلام تلك العادات والاعراف . فأبقى الصالح منها وأقره وعده من شريعته وأبطل الفاسد منها وحرمه ولم يقره . وأكمل الناقص منها . مراعيًا في كل ذلك تحقيق ما يرمى اليه في تشريعه . وتحصيل ما يقصده في أحكامه من جلب المصلحة للناس ودفع المضرة عنهم وعدم الاعانت والارهاق فيما يكلفون به من عبادات ومعاملات وفيما يشرع لهم من أحكام .

وليبيان ما للعرف من أثر في نفوس الناس روعى في التشريع الاسلامي . سنذكر مثالين لذلك :

(١) كان شرب الخمر ولعب الميسر من العادات المتأصلة في نفوس العرب وكانوا يتمسكون بها ويروون تناول الخمر وشربه يحمل الشارب على الشجاعة والاقدام . وأن الميسر من دواعي الكرم والنجوة حيث كانوا

يجعلون ما يربحوه طعاما للفقراء والمساكين ويتصدقون به على المحتاجين . وقد صار من أمثالهم قول بعضهم : « اليوم خمر وغدا أمر » وهذا يبين لنا شدة تعلقهم بشرب الخمر واستحكامه في نفوسهم . ولما أراد الشارع الحكيم تحريمها لأنها من العادات الضارة غير الصالحة للبقاء . فانه لم يعتمد مرة واحدة الى تحريمها حتى لا يفاجأ الناس بتحريم ما ألفوه وتعارفوه . فيشق عليهم ذلك ولا يسهل عليهم قبوله . فسلك طريق التدرج في تحريمها ليكون ذلك أدعى الى الامتثال والقبول بدون صعوبة ومشقة . بعد أن تهيأت النفوس لذلك . فلما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الخمر والميسر نزل قوله تعالى أول ما نزل في شأنهما : « يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما أثم كبير ومنافع للناس واثمهما أكبر من نفعهما »^(١) فلم تصرح الآية بتحريمها وان كان قفيه النفس المالم بأسرار التشريع الواقف على حكمته يفقه من قوله تعالى : « واثمهما أكبر من نفعهما » التحريم لأن المنظور اليه في تحليل الشيء أو تحريمه غلبة الخير أو الشر حيث لا يوجد في الافعال ما هو خير محض ولا شر محض . فالمعتبر انما هو الامر الأكثر الاغلب لان عامة المنافع والمضار أمر اضافي لا حقيقى . ولذا امتنع بعض الناس عن شرب الخمر ولعب الميسر بعد هذه الآية . وقال بعضهم : نصيب من منافعها وندع المآثم . ثم نزل بعد ذلك قول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون »^(٢) فنهى المؤمنين عن أن يقربوا الصلاة وهم سكارى . ثم حرم الله سبحانه وتعالى الخمر والميسر تحريماً باتاً بعد أن مهد لذلك بالآيتين السابقتين . فنزل قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون »^(٣) وفي

(١) سورة البقرة الآية ٢١٩ .

(٢) سورة النساء الآية ٤٣ .

(٣) سورة المائدة رقم ٩٠ ، ٩١ .

قوله تعالى: « فَمَنْ أَتَمَّ مَسْهُونٌ » أبلغ ما يكون من الاجتناب عنهما • وزوى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما نزلت هذه الآية قال : اتھينا •

(٢) روى البخارى ومسلم بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا قومك حديث عهد بشرك لبيت الكعبة على قواعد ابراهيم • فقد راعى النبی عليه الصلاة والسلام ما اعتاده قريش وألقوه في بناء البيت فأبقاه على ما هو عليه بدون تغيير مراعاة لمعادة قومه التي تأصلت في نفوسهم • ويذكر ابن القيم في « أعلام الموقعين » أن مكة لما فتحت وصارت دار اسلام عزم النبی عليه الصلاة والسلام على تغيير البيت وردة على قواعد ابراهيم عليه السلام • ومنعه من ذلك مع قدرته عليه خشية وقوع ما هو أعظم منه من عدم احتمال قريش لذلك لقرب عهدهم بالاسلام وكونهم حديث عهد بالكفر • وما ذلك الا لشدة تعلق النفوس بما اعتادت عليه ولصعوبة تحويلها عما ألفتها واقلعها عما أنست به من العادات على مر الزمان •

وسنذكر جملة من العادات التي كانت للعرب في الجاهلية وأبطلها الاسلام لكونها ضارة غير صالحة للبقاء • ثم نعقبها بطائفة من العادات التي أقرها الاسلام أو عدلها سواء كانت تلك العادات في المعاملات المدنية أو في نظام الأسرة أو في العقوبات أو العبادات •

فمن العادات التي أبطلها الاسلام :

١ - شرب الخمر ولعب الميسر وعبادة الانصاب أو الذبح عليها للتقرب والزلفى الى الله والاستقسام بالازلام • وقد أبطل الاسلام كل ذلك • قال تعالى : يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون • لانها عادات ضارة فاسدة غير صالحة للبقاء •

ب - وكان من عاداتهم وأد البنات حتى قالوا : وأد البنات من المكرمات قال تعالى : « واذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسوداً وهو كظيم •

فيواري من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه في التراب » ١) وكانوا يفظون ذلك مخافة العار وخشية الفقر . ويقول الاستاذ الخضري في كتابه « تاريخ الامم الاسلامية : ان هذه المادة لم تكن في جميع العرب بل كانت في بعض بطون من تميم واسده اه . وقد أبطل الله تعالى هذه العادة الوحشية المستهجنة بقوله : « ولا تقتلوا أولادكم خشية اطلاق نحن نرزقهم واياكم ان قتلهم كان خطئا كبيرا » ٢) .

ج - وأبطل الاسلام التبني الذي كان شائعا بين العرب فكان الواحد منهم يتبنى ابن غيره فيلحق به وينسب اليه دون أبيه من النسب . ويكون في الحكم كأحد أبناء من تبناه من النسب يشاركهم في ارثه . وقد جرى العمل بنظام التبني الذي جرى به عرف العرب وعادتهم فترة من الزمن في صدر الاسلام ثم نسخ الله التبني وأبطله . قال تعالى : « ماجعل أدياءكم أبناءكم . ذلكم قولكم بأفواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل . ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله » ٣) .

د - وكان التوريث معروفا عند العرب . ونظامهم في الارث أنهم لا يورثون الا من يحى الذمار ويدافع عن الحريم ويذب عن الحوزة ويحمل السيف ويقاتل الاعداء من الرجال . فقاعدتهم المتبعة عندهم قصر الارث على الرجال فيحرمون من الميراث الضعيفين المرأة والصغير . فهدم الاسلام ذلك وأبطله وقرر للنساء نصيبا من التركة وجعل الاولاد وارثين بدون فرق بين صغير وكبير . قال تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والاقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » ٤) وقال تعالى : « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » ٥) .

-
- (١) رقم ٥٨ ، ٥٩ من سورة النحل .
 (٢) سورة الاسراء رقم ٣١ .
 (٣) سورة الاحزاب ٤ ، ٥ .
 (٤) سورة النساء رقم ٧ .
 (٥) سورة النساء رقم ١١ .

هـ - وقد حرم القرآن عاداتهم التزوج بامرأة الاب وكانوا يسمون ذلك زواج المقت وكذا حرم الجمع بين الاختين . قال تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا »^(١) وقال تعالى في بيان المحرمات من النساء : « وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف »^(٢) .

و - ومن العادات التي كانت شائعة التعامل بالربا فقد اعتاده العرب وتعارفوه وحرم الاسلام الربا ونزل في شأنه جملة آيات منها قوله تعالى : « الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس » . ذلك بأنهم قالوا انما البيع مثل الربا . وأحل الله البيع وحرم الربا »^(٣) ومنها قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة واتقوا الله لعلكم تفلحون »^(٤) .

ونكتفي بهذا القدر من عرف العرب وعاداتهم التي كانت سائدة بينهم في زمن البعثة ووقت نزول الوحي وأبطلها الاسلام لفسادها وعدم صلاحيتها للبقاء وللتعامل بها . وتشرع الآن في سرد طائفة من الاعراف والعادات التي أقرها الاسلام أو عدلها . وقبل ذكرها نود أن نقرر أن اقرار الاسلام هذه العادات ليس باعتبارها عادات جرى عليها الناس وتعاملوا بها فحسب . بل على أنها شرعة كميّلة بتحقيق مصالح الناس لان الشارع لما أقر العرف واعتبره من شريعته فقد شرعه للناس وجعله قانونا ملزما يجب اتباعه والعمل بمقتضاه .

وها هي بعض تلك الاعراف والعادات التي أقرها الدين الاسلامي على ما كانت عليه أو بعد تعديلها :

(١) من أنواع المعاملات التي كان العرب يزاولونها وجرى عرفهم

(١) سورة النساء الآية ٢٢ .

(٢) سورة النساء ٢٣ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٥ .

(٤) سورة آل عمران الآية ١٣٠ .

وتعاملهم بها وأقرها الاسلام الاجارة والرهن والشركة والمزارعة والمساواة والبيع بعد أن نهى عن أنواع منه وحرّمها وأقر السلم الذى كان العمل به جاريا في المدينة بعد أن عدل نظامه الذى كان متبعا عندهم بما يجعله صالحا للتعامل به بين الناس من غير أن يؤدي الى خلاف ومنازعة بين المتعاملين به . روى الامام البخارى عن ابن عباس قال : قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين . فقال من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم .

(٢) كان تعدد الزوجات معروفا عند العرب ومألوفاً لديهم وجرت عاداتهم بذلك . وكانوا يكثرون من تزوج النساء وكانت عاداتهم في تعدد الزوجات أنهم لا يقفون في الجمع بينهن عند حد معين ولا يلتزمون عددا محدودا لا يتجاوزونه . فأقر الاسلام أصل تعدد الزوجات ولكنه عدل نظام التعدد وجعل أقصى عدد من الزوجات يجوز للرجل أن يجمع في عصمته أربعة فمن كانت له أربع زوجات فليس له أن يتزوج بأخرى . قال تعالى « وان خفتم الا تفسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم الا تعدلوا فواحدة » « ١ » وروى عن ابن عمر رضى الله عنهما : ان غيلان الثقفي أسلم وله عشر نسوة في الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعة ويفارق سائرهن . وعن قيس بن الحارث أنه أسلم وعنده ثمان نسوة فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : اختر منهن أربعة . وعن نوفل بن معاوية أنه أسلم وله خمس نسوة فقال صلى الله عليه وسلم : امسك أربعة وفارق الأخرى .

وهكذا نرى الاسلام قد أخذ بالامر الوسط في مسألة تعدد الزوجات فلم يمنع أصل التعدد ولم يجه بدون أن يقف الانسان عند حد محدود من العدد . بل أباح التعدد لمن لا يخاف الجور في معاملة زوجاته عند وجود الحاجة الى التعدد من دواعي طبيعية أو اجتماعية . وقصر العدد

على الأربع فلا يجوز للرجل أن يجمع في عصمته أكثر من ذلك وهذا محل اتفاق جمهور العلماء والفقهاء من المسلمين في جميع الامصار والاعصار فلا اعتداد برأى من خالفهم .

(٣) وكان الطلاق معروفا عند العرب في الجاهلية . ويقول المرحوم الاستاذ الخضرى في كتابه « تاريخ الامم الاسلامية » : ان الطلاق كان بيد الرجل الا انه كان هناك نساء يمترن بشرف قومن ومكاتهن فكانوا يشترطون أن تكون الفرقة بأيديهن . اهـ . وقد كان الرجل في الجاهلية يطلق زوجته ثم يراجعها في العدة ويكرر ذلك ولم يكونوا يقفون عند حد . فلما جاء الاسلام أقر أصل الطلاق وتولى تنظيمه بما يمنع الظلم عن الزوجة ويبيحها عن أن تكون العوبة في يد الرجل يتخذ الطلاق وسيلة لارهاقها واعانتها وامتهان كرامتها . ووضع للطلاق حدا أقصى حيث جعل عدده ثلاثا بحيث اذا طلق الرجل زوجته الطلقة الثالثة . انقطعت العلاقة الزوجية بينهما انقطاعا باتا . فتصبح محرمة عليه تحريما مؤقتا فلا يجوز له أن يتزوجها الا بعد أن تزوج زوجا آخر زواجا صحيحا فيدخل بها دخولا حقيقيا ثم يموت عنها الزوج الثانى أو يطلقها لامر من الامور وتنقضى عدتها . فاذا حصل كل ذلك يحل للاول أن يتزوجها مرة أخرى . قال تعالى : « الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » « ١ » وقال تعالى بعد هذه الآية : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » « ٢ » .

(٤) ومن عادات العرب وتقاليدهم القصاص في القتل الممد ظلما وعدوانا وقد أثر عنهم قولهم : « القتل أنفى للقتل » وللقصاص عندهم نظم جرى بها عرفهم . ومن هذه النظم اعتبار القبيلة كلها مسئولة عن جناية أى فرد منها الا اذا تبرأت القبيلة من الجانى وأعلنت ذلك في المجتمعات العامة . فنشأ عن ذلك أن ولى القاتل قلما يكتفى بالقصاص من القاتل

(١) سورة البقرة الآية ٢٢٩ .

(٢) رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

فقط . بل كان يرف في القتل من أفراد قبيلة القتال خصوصا اذا كان القتل شريفا في قومه أو زعيما لقبيلته . فتنشب الحرب بين القبيلتين ويستمر القتال بين الفريقين وربما يستمر القتال بين الطرفين أعواما . والشريعة الاسلامية اعتبرت الجاني وحده هو المسئول وهو الذي يقتص منه ولا يجعل غيره مسئولا عن جريمته بدون تمييز بين الاشخاص والافراد . فلا تفرقة بين الرفيع والوضع ولا بين الامير والحقير وفي الحديث الشريف: « المسلمون متكافأ دماؤهم » والمبدأ الذي قرره الاسلام أن المسئولية الجنائية قاصرة على الجاني لا يتحملها غيره . فلا يقتص الا منه . قال تعالى « ولا تكسب كل نفس الا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى » (١) وبهذه القاعدة التي قررها الاسلام منع الاسراف في الاخذ بالتأثر الذي جرت به عادة الجاهلية .

(٥) ومن العادات العربية دفع الدية الى أهل المقتول خطأ . وتلزم بالدية عاقلة القاتل وهي عصبته وقبيلته الذين ينصرونه ويدافعون عنه . وقد أقرت الشريعة الاسلامية نظام الدية الذي كان متبعا عند العرب في الجاهلية وجرى به عرفهم . ويشير الى ذلك قوله تعالى : « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة ودية مسلمة الى أهله » (٢) وروى البخارى في صحيحه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنيها على عصابة القاتل . وإيجاب الدية في القتل الخطأ على عاقلة القاتل من باب التخفيف من القاتل والمعاونة لكونه معذورا حيث لم يتعمد فعل الجريمة فلا يمد ذلك تحميلا لغير الجاني مسئولة الجريمة . ثم ان عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان ان كان القاتل منهم وسيأتى تفصيل لهذه المسألة في موضع آخر .

(٦) وقد أقر الاسلام القسامة التي كانت متبعة عند العرب واتبع

(١) الآية رقم ١٦٤ من سورة الانعام .

(٢) الآية رقم ٩٢ من سورة النساء .

نظامها الذي اعتاده العرب وتعارفوه في الجاهلية . فقد روى مسلم في صحيحه عن أبي سلمة ابن عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من الانصار . ان النبي عليه الصلاة والسلام أقر القسامة على ماكانت عليه في الجاهلية . وقد روى البخاري في باب القسامة عن ابن عباس رضى الله عنه في حديث طويل صفة القسامة في الجاهلية . وقد بين في كتب الفقه كيفية القسامة وتفصيلها ومتى يلجأ اليها ويعمل بها .

(٧) ومن العادات التي كان العرب يقومون بها في الجاهلية ويتقربون بها الى الله تعالى تعظيم الكعبة والحج اليها والطواف بها قال تعالى : « ولكل أمة جعلنا منسكا ليعلموا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الانعام » ^(١) ويقول تعالى في آية أخرى : « لكل أمة جعلنا منسكا هم فاسكوه » ^(٢) . جعل الله سبحانه وتعالى للامم والشعوب مواضع معينة وأماكن معلومة للاجتماع فيها لعبادته والتقرب اليه . فكان منسك العرب ومحل عبادتهم واقامة شعائرهم . هو البيت الحرام بمكة المكرمة وفي هذا يقول عز وجل : « ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا وهدى للعالمين » ^(٣) ومع تقدم العهد وتطاول الزمن غير العرب الكثير من دين أبيهم ابراهيم عليه السلام وابنه اسماعيل . فعبدوا الاوثان والاصنام يتقربون بها الى الله زلفى . وأشركوا بالله سبحانه وتعالى . فلما بعث الرسول عليه الصلاة والسلام وجاء بالدين الحنيف جعل الله البيت الحرام منسك الامة الاسلامية . من جميع أقطار العالم وأقر الدين الاسلامي أعمال الحج من طواف بالبيت العتيق وسعى بين الصفا والمروة وغير ذلك من مناسك الحج بعد أن طهرها من أدران الشرك والوثنية وجعلها عبادة خالصة لله سبحانه وتعالى بدون شريك قال تعالى « وقفه على الناس حج

(١) سورة الحج الآية ٢٤ .

(٢) الآية ٦٧ من سورة الحج .

(٣) الآية ٩٦ من سورة آل عمران .

البيت من استطاع اليه سبيلا «^١» وروى البخارى في صحيحه عن عاصم بن سليمان قال : سألت انسانا عن الصفا والمروة قال : كنا نرى أنهما من أمر الجاهلية . فلما جاء الاسلام أمسكنا عنهما فأنزله الله تعالى : « ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما »^٢ .

(٨) ومن القربات التي كان العرب في جاهليتهم يتقربون بها الى الله الاعتكاف في البيت الحرام فترة من الزمن للتعبد فيه . فلما جاء الاسلام أقر ذلك روى البخارى عن ابن عمر : ان عمر سأل النبي صلى الله عليه وسلم قال : كنت نذرت في الجاهلية أن أعتكف في المسجد الحرام . قال فاوف بندرك .

هذا ويطول بنا القول لو حاولنا تفصيل حياة العرب في الجاهلية ونظمهم المؤسسة على العرف والعادات وموقف الشريعة الاسلامية بازائها ومدى اعتبار الاسلام في تشريعاته المدنية والجنائية والتجارية وغيرها لتلك الاعراف والعادات . وما أدخله عليها من اصلاح وتعديل أو عدم قبوله وعدم اعتباره لها . ونرى فيما قدمناه من الامثلة في مختلف الشؤون المتعلقة بتلك الاعراف والعادات . ما يكفي ليكون الشخص رأيا في أثر العرف والعادة في التشريع الاسلامي . وقيل أن ترك هذا الموضوع تقرر مسألة لها أهميتها ومكائنها في التعويل على العرف واعتباره . اذا لم يوجد نص من الشارع . وهى أن الناس في عصر النبوة كانوا في الحوادث والمسائل التي لم يرد فيها حكم منصوص عليه يتبعون فيها عرفهم في الجاهلية ويلتزمون العمل بمقتضاه الى أن يغيره الاسلام أو يقره . ونجد فقهاء الفقه الاسلامي كثيرا ما يرددون عند بيان مشروعية الشيء قولهم : بعث الرسول والناس يتعاملون به . فيعتبرون تعامل الناس وعرفهم وقت

(١) الآية ٩٧ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ١٥٨ من سورة البقرة .

نزول الوحي وفي عصر النبوة مادام الشارع لم ينكره ولم يغيره دليلاً شرعياً يعمل بموجبه ويحكم بمقتضاه .

أثر العرف في اختلاف الفقهاء

أخذت المملكة الإسلامية في الامتداد والاتساع وأخذ الدين الإسلامي في الانتشار والذيع . بعد عصر النبي عليه الصلاة والسلام . وما زالت الدولة الإسلامية تتسع رقعتها ويمتد سلطانها بسرعة ويشاركها في هذا الاتساع والامتداد الدين الحنيف . حتى استظلت براية الإسلام في وقت وجيز أقطار كثيرة وبلاذ متباعدة مترامية الأطراف . وخضعت لسلطان الإسلام وتفوذه أمم مختلفة وشعوب متعددة . ولكل قطر ولكل أمة عادات مألوفة وأعراف مرعية وطرق متبعة في معاملاتهم المتنوعة في شتى الشؤون في الحياة من مدنية وجنائية وتجارية وزراعية واقتصادية واجتماعية وأحوال شخصية وغير ذلك من الأمور .

فواجه الفقهاء والأئمة المجتهدون من علماء الإسلام الذين وجدوا في تلك البلاد المختلفة وعاشوا في بيئاتها المتفاوتة . أنواعاً من العادات والمعاملات يختلف بعضها عن بعض . فكان من الطبيعي أن يجتهدوا ويبدلوا جهدهم في تطبيق أصول الإسلام وقواعد الفقه الإسلامي العامة على هذه العادات والمعاملات المتنوعة لمعرفة أحكامها من الشريعة الإسلامية ومدى مطابقتها لمقاصدها الضرورية والحاجية والكمالية . وليس من شك أن العلماء قد تأثروا في استنباطهم للأحكام الفقهية وفي تطبيقهم الأصول العامة على الحوادث والجزئيات بالبيئات التي كانوا يعيشون في محيطها وعادات أهل البلاد التي كانوا يقيمون بها . ولأرب أنهم راعوا العادات والأعراف التي كانت سائدة وقائمة في تلك البيئات والبلاد . فيما يضمونه ويستنبطونه من الأحكام . حتى لا تكون أحكامهم فيما يعرض عليهم من وقائع ومسائل نائية عما ألقه الناس ولا مجافية لما اعتادوه وتعاملوا به وساروا عليه أزماناً متطاولة . لأن في اقلاع الناس عن عاداتهم

ونزعهم عن مألوفهم حرج ومشقة لهم . والدين الحنيف يسر لا عسر فيه .
اذ من أهم المقاصد والاغراض للشرعة الاسلامية التيسير على الناس
ورفع الحرج والمشقة عنهم . وأن تكون أحكامها سهلة ميسرة لا يتضرر
الناس في قبولها والعمل بمقتضاها . ولا يجدون صعوبة في تطبيقها
وتنفيذها . فاذا افتقد الفقيه النص فيما يعرض له من الحوادث والوقائع
الجزئية وأعوزه الدليل فلا بد من أن يرجع الى العرف والمادة لمعرفة
الحكم وفي تطبيق القواعد العامة للشرعة الاسلامية .

فالفقهاء الذين وجدوا في العراق وعاشوا فيه وشاهدوا عادات أهله
ووقعوا على طرق معاملاتهم ووسائل معيشتهم كالامام الاعظم أبي حنيفة
وأصحابه قد تأثروا فيما يبنوا من أحكام فقهية بما كان سائدا في البلاد
العراقية من عادات مرعية في تعاملهم وتصرفاتهم ولذلك نجد أثرا واضحا
للعرف والمادة فيما استنبطوه من أحكام الجزئيات والمسائل القرعية .
حيث لا يوجد نص من الكتاب أو السنة . وفي كتاب مناقب الامام أبي حنيفة
للموفق المكي : كان ابو حنيفة شديد الاتباع لما كان عليه الناس في بلده (١) .
وفي مناقب الامام محمد للكردي : كان محمد يذهب الى الصباغين يسأل
عن معاملاتهم وما يديرونه فيما بينهم . وهكذا كان كل الائمة وجميع
الفقهاء المجتهدين في الامصار والبلاد المختلفة متأثرين بعادات عرف البلاد
التي عاشوا فيها . وقد اشترط العلماء في المجتهد أن يكون عارفا بعرف
الناس علما بعاداتهم ووسائل معاملاتهم اذ مبني كثير من الاحكام الفقهية
على العرف كما أن تلك الاحكام قد تنغير بتغير العرف وفساد الزمان
وتبدل الاحوال والمعاملات .

ويقول ابن خلدون في مقدمته عند تعليقه انتشار مذهب الامام مالك
امام دار الهجرة في بلاد المغرب والاندلس ما نصه : وأيضا فان البداوة
كانت غالبية على أهل المغرب والاندلس ولم يكونوا يعانون الحضارة التي

لاهل العراق . فكانوا الى اهل الحجاز أسيل لمناسبة البداوة ولهذا لم يزل المذهب المالكي غصا عندهم ولم يأخذ تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع في غيره من المذاهب (١) . ا هـ .

ويقول الاستاذ الكبير أحمد أمين تعليقاً على كلام ابن خلدون المذكور : فهو يريد أن يقرر أن مدينة البلد الذي نشأ فيه الامام أو بداوته لها أثر خاص في تكوين رأيه . ولو استعرضنا بعض خلافاً بين الفقهاء لوجدنا ذلك واضحاً (٢) . ا هـ .

وهناك مثال آخر غير ماساقه ابن خلدون يوضح لنا تأثير الفقهاء بعرف البيئة وظروفها وبعادات الاقليم الذي يوجدون فيه وبطرق معاملاتهم . وهو مذهب الامام الشافعي فانه كان في أول أمره متأثراً الى حد بعيد بأراء الامام مالك الذي تتلمذ عليه مدة طويلة في أول نشأته وطلبه للعلم . ولما رحل الى العراق مرتين واتصل بعلمائه واطلع على آرائهم ووقف على كتبهم ورأى هنا كما لم يكن رآه في الحجاز من العادات وأنواع المعاملات . غير بعض آرائه الفقهية وكون له مذهباً ضمنه كتابه « العجوة » وهو المذهب المعروف بالقديم عند الشافعية . ثم لما جاء الى مصر واستوطنها وأقام بها الى حين وفاته . وشاهد في مصر من العادات المتبعة غير ماعهده في بلاد الحجاز والعراق ورأى ضروباً من الانظمة والمعاملات يسير عليها أهل مصر تخالف ماعليه أهل العراق والحجاز ووسائل في الزراعة ليست معروفة في الحجاز والعراق دعاه كل ذلك الى ترك مذهب القديم الذي أنشأه حينما كان في العراق والى تكوين مذهب الجديد .

وقد راعى علماء المذاهب المختلفة في عصر التقليد العرف في تطبيق الاحكام الفقهية التي نص عليها الائمة المجتهدون أصحاب المذاهب وفي تخريج المسائل وترجيح الاقوال والعدول عن ظاهر الرواية في المذاهب الفقهية .

(١) المقدمة ص ٤٢٥ .

(٢) فجر الإصلاح ج ١ ص ٢٠٦ .

ومن أسباب اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في تفسير القرآن وفهم آياته تفاوتهم في معرفة عادات العرب في أقوالهم وأفعالهم وقت نزول القرآن . فمن كان عارفا بعادات العرب في الجاهلية وأساليبهم في الخطاب كان أقدر من غيره في فهم الآيات وتعيين معانيها والعلم بالمقصود منها . ويقول الشاطبي في الموافقات : انه لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الاميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم فان كان للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة « ١ » .

ومن أسباب اختلاف الفقهاء في الفروع وفي تطبيق القواعد العامة على الوقائع والحوادث الجزئية اختلاف العادات والبيئات في الاقطار المختلفة التي وجد فيها هؤلاء الفقهاء لانهم كانوا متأثرين الى حد كبير بالوسط الذي عاشوا فيه وبما أحاط هذا الوسط من ظروف وأحوال وبالعادات التي كانت مألوفة للناس وساروا عليها حقبة من الزمن في معاملاتهم وتصرفاتهم . وقد أجاز الفقهاء كثيرا من المعاملات لجريان العرف بها . وحملوا الفاظ الوقف والطلاق والايان والفاظ كل عاقد ومتصرف على عرفه وعرف أهل عصره واقليه . وبذا تجد في مواضع عدة من كتب الفقه يقول الفقهاء : وعلى هذا عرف الناس وتعاملهم وعلى هذا مجرى المادة والعرف . والاصل في هذا الباب العرف . والممول عليه في هذه المسألة العرف والمادة .

وقد اشترط العلماء في المجتهد أن يكون عارفا بعادات الناس وعرفهم لأن كثيرا من الاحكام مبناها على العرف وتختلف تلك الاحكام باختلاف الزمان والمكان والحال لتغير العرف الذي بنى عليه الحكم . والمسائل التي اختلف فيها أصحاب المذاهب في الفقه الاسلامي بسبب اختلاف العرف في أمصارهم وأزمانهم كثيرة يصعب حصرها واستقصاؤها . بل قد اختلف فقهاء المذهب الواحد في الاحكام باختلاف العرف واختلاف زمانهم ولهذا

نجد العلماء في كثير من المسائل الفقهية يقولون : هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان . (وسنذكر بعد طائفة من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء بسبب اختلاف عرفهم وزمانهم) .

« وقد كان لكل أمة عرف وعادات في بيعها وشرائها وفي لغتها ودلالة الفاظها على معانيها . وفي الزواج وما يكون جهازا وما لا يكون . وكل هذه العادات عرضت على الأئمة فأدخلوها في الفقه . وكانت من أكبر مصادره لأن كثيرا من عادات الأمم لم تعرف في عهد النبي فلم يرد فيها كتاب ولا سنة . ورجوع الناس عن عاداتهم التي جروا عليها أجيالا ليس بالامر الهين . لذلك أجاز الفقهاء الكثير منها وأقروا وعدوها اسلامية وكان هذا سببا من أسباب تضخم الفقه » (١) .

اثر العرف في العقود والتصرفات

من القواعد المقررة في الشريعة الاسلامية أن يكون محل العقد - المعقود عليه - موجودا وقت انشاء العقد اذ لا بد للعقد من محل ينمقد فيه . ولأن مقتضى العقد أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم ولا يتأتى ذلك اذا كان محل العقد غير موجود وقت العقد . ولذا ورد النهى عن بيع الانسان ما ليس عنده وقد استثنى من هذا الاصل العام وهو أن يكون المعقود عليه موجودا وقت العقد بمضى العقود حيث أجاز العقد على المعلوم عملا بالعرف الجاري بين الناس . فمن هذه العقود :

(١) الاجارة فان الاصل فيها ومقتضى القياس الا تصح لان المعقود عليه في الاجارة منفعة العين المؤجرة . ومنفعتها معدومة غير متحققة وقت انشاء عقد الاجارة . لانها توجد في المستقبل ساعة فساعة وليس لها دوام ولا بقاء . لانها عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيها التسليم . والعقد على المعلوم على خلاف الاصل والقياس . ولكن أجازت الاجارة شرعا

فيما جرى عرف الناس وعادتهم باستئجاره كالدور للسكنى والاراضى للزراعة والبناء والسيارات للنقل والظئر لارضاع الطفل للعرف وتعامل الناس بمثل هذه الاجارات . واذا لم يوجد عرف ولم يجر التعامل بين الناس باجارة أشياء لم تصح الاجارة كاستئجار بقرة لارضاع الطفل والاشجار للاستغلال بها أو لتجفيف الثياب بتعليقها عليها عملا بالاصل والقياس . وفى تبين الحقائق للزيلي فى باب الاجارة : ان المفقود عليه وهى المنافع معدومة والقياس أن لاتجوز الاجارة لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد « ١ » . وفى رسالة « نشر العرف » : ان الاجارة مشروعة على خلاف القياس لانها بيع المنافع المعدومة وقت العقد وانما جازت بالتعارف العام لما فيها من احتياج عامة الناس اليها وقد تعارفوها سلفا وخلفا فجازت على خلاف القياس . وصرح فى الذخيرة بان الاجارة انما جازت لتعامل الناس « ٢ » .

وقد نص الفقهاء على صحة استئجار الدار وان لم يبين المستأجر وجه الاتفعا بها من السكنى ووضع الامتعة ونحوهما وينصرف الى السكنى فيها بدلالة العرف حيث انه المتعارف بين الناس فى استئجار الدار والمعروف عرفا كالمشروط نصا . مع أن القياس ألا يجوز الاستئجار الا اذا بين وجه الاتفعا بها لان الدار تستعمل لجملة أشياء متفاوتة فلا بد من بيان الغرض من الاستئجار حتى لايفضى الى النزاع والخلاف بين المتعاقدين . ولكن الفقهاء أجازوه بدون البيان عملا بالعرف الذى يصرفه الى السكنى . وفى الفروق : وتعين المنفعة من الاعيان المستأجرة اذا سكت عنها تنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها عادة . ونصوا أيضا على أنه يجوز دخول الحمامات العمومية بدون تعيين الاجرة ولا بيان مدة المكث فى الحمام ومقدار ما يستعمل ويستهلك من الماء عملا بالعرف وتعامل الناس مع أن القياس عدم جواز ذلك لكونه من باب الاجارة فلا بد من

(١) تبين الحقائق ج ٥ ص ١٠٥ .

(٢) ص ١١٧ من رسائل ابن عابدين .

بيان مقدار الماء ومدة المكث • والجهالة في كل واحد منهما موجبة لفناء
الاجارة وعدم صحتها ومع ذلك فإن العلماء أجازوا ذلك لتعارف الناس
وتعاملهم وجريان عاداتهم •

(٢) عقد الاستصناع : وقد عرفته المادة ١٢٤ من المجلة العدلية •
بأنه عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري
مستصنع والشيء مصنوع • ومن شروطه أن يكون العمل ومادة الشيء
الذي سيصنع من الصانع وأن يبين المصنوع بياناً يرتفع معه الجهالة ويحول
دون وقوع النزاع والخلاف بين المستصنع والصانع بمد اتمام الصانع
صنعه • وإن يكون المصنوع فيما يجري عرف الناس وتعاملهم باستصناعه •
وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان • فكل ما جرى به تعامل الناس
وعرفهم باستصناعه يصح استصناعه وما لم يتعارفوا لا يجوز استصناعه •
وفي كتاب « البدائع » للكاساني : ولا يجوز - الاستصناع - في الثياب
لان القياس يأبى جوازها وإنما جوزناه استحساناً لتعامل الناس ولا تعامل
في الثياب «^١» ومقاله الكاساني بناء على العرف في عصره وأما الآن فقد
تعامل الناس باستصناع الثياب وتعارفوه بينهم فيجوز الاستصناع فيها •
وقد نصت المادة ٣٨٩ من المجلة العدلية على أن كل شيء تعامل استصناعه
يصح فيه الاستصناع على الإطلاق فالمدار في صحة الاستصناع وعدمه
أنما هو عرف الناس والتعامل به فإذا وجد عرف وتعامل به صح وإن لم
يوجد لا يصح الاستصناع • ويقول الرخس في كتابه « المبسوط » من
أمهات كتب الحنفية مانصه : إذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو
قلنسوة أو طستا أو كوزاً أو آنية من أواني النحاس فالقياس أن لا يجوز
ذلك لان المستصنع فيه مبيع وهو معدوم ويبيع المعدوم لا يجوز لنبيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان • ولكننا نقول تركنا
القياس لتعامل الناس في ذلك ثم يقول : وتعامل الناس من غير تكبير أصل

من الاصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «١» . وفي تبين الحقائق للزلمي : ان الاستصناع ترك القياس فيه وخص من القواعد الشرعية للتعامل «٢» . وفي الحديث ان النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما واستصنع المنبر «٣» .

وقد أصبح لعقد الاستصناع أهمية عظمى في عصرنا الحاضر الذي انتشرت فيه الصناعات الثقيلة والخفيفة على اختلاف أنواعها وعمت المصانع والمعامل في أقطار العالم بشكل لم يسبق له مثيل لتزويد الحكومات والافراد والجماعات وشركات البواخر والطيران والمؤسسات التجارية وغيرها بحاجاتها . وتسابق الدول وتنافس الامم في اغراق الاسواق بمنتجاتها الصناعية المتنوعة وتعمل الدول جاهدة لاعداد جيوشها وتزويدها بأنواع الاسلحة المختلفة . فالعاملات مع أصحاب المصانع والمعامل والصفقات التي تعقد معها على أنواع من مصنوعات ومنتجاتها لشرائها واستيرادها . أساسها الاستصناع وقد لا يكون لدى صاحب المصنع وقت التعاقد مع المواد اللازمة لمصنوعاتها المطلوبة فيكون العقد واردا على شيء غير موجود ومع ذلك فان العقد صحيح عملا بالعرف والعادة في الاستصناع .

(٣) ومن العقود التي بنيت على العرف وتعامل الناس عقد السلم . وهو نوع من أنواع البيع . ومعنى السلم في الاصطلاح الفقهي بيع شيء ليس موجودا عند البائع بثمن حال يدفعه المشتري في مجلس العقد . فهو عقد بيع يكون فيه الثمن معجلا والمبيع مؤجلا . بعكس البيع المؤجل وهو ما يكون فيه المبيع معجلا والثمن مؤجلا . ويقال في الاصطلاح : للبائع مسلم اليه . وللمشتري رب السلم ومسلم بكسر اللام من التشديد .

(١) ج ١٢ ص ١٢٨ .

(٢) ج ٥ ص ١٣٠ .

(٣) كتاب البسوط للرخس ج ١٢ ص ١٣٩ .

وللمبيع مسلم فيه • وللمثل رأس مال السلم • والقياس يأبى جواز عقد السلم لأن المسلم فيه وهو المبيع معدوم غير موجود عند البائع وقت انشاء العقد وقد قال عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : لا تبع مالم ين عندك • فهو ثابت على خلاف القياس ومشتى من بيع مالم ين عند الانسان • وقد كان عقد السلم معروفا في الجاهلية ويتعامل به أهل المدينة فأقره الاسلام وفي « الميسوط » للرخسى : وفي الحديث عن ابن عباس رضى الله تعالى عنه • أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والستين • فقال صلى الله عليه وسلم : من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم • فقد أقرهم على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد « ١ » اه • وقد جاء في الكتاب المذكور أيضا مانعه : وانما يقبل السلم في المادة فيما ليس بموجود في ملكه • ثم قال : والقياس يأبى جوازه لانه بيع المعدوم • وبيع ما هو موجود غير مملوك للعائد باطل • فبيع المعدوم أولى بالبطلان ولكننا تركنا القياس بالكتاب والسنة « ٢ » • ولا يصح عقد السلم الا في الاشياء التي يمكن ضبطها وتقبل التعيين بالقدر والوصف • لان الجهالة تفضي الى النزاع والخلاف بين العاقلين • وكل جهالة تؤدي الى ذلك مانعة من صحة العقود • وقد عني الفقهاء أشد العناية في بيان شروط السلم وضبط ما يجوز السلم فيه ومعرفة المسلم فيه معرفة تامة بما يقطع النزاع حتى لا يوجد هناك ما يشير النزاع في المستقبل بين المسلم اليه ورب السلم (البائع والمشتري) حيث أن العلاقة بينهما لا تنتهي بمجرد العقد بل تستمر الى زمن تسلم المسلم فيه الى المشتري •

وقد روى عن الامام أبى حنيفة أنه منع السلم في بيض النمامة لثاوت آحاده في المالية وهو مخالف لظاهر الرواية في المذاهب • ويقول الكمال ابن الهمام : والوجه أن ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض

(١) ج ١٢ ص ١٢٤ •

(٢) ج ١٢ ص ١٢٤ •

في عرف من يبيع بيض النعام الاكل ليس غير كعرفه أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز . وان كان الغرض منه في العصرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الامصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر المبدد الا مع تعيين المقدار واللون من قواء البياض أو اهداره « ١ » اهـ .

لان اختلاف الغرض في عرف الناس وعاداتهم من استعمال بيض النعام يستدعي اهدار التفاوت في آحاده وعدم اهداره فان كان الغرض منه في العرف الاكل فالتفاوت في آحاده لاعبرة به فيكون عدديا متقاربا فيجوز السلم فيه . وان كان الغرض منه في العرف استعمال قشره في الصناعات كسلاسل القناديل وغيرها فالتفاوت في احاده يوجب التفاوت في قيمته فلا يكون عدديا متقاربا فلا يصح السلم فيه لتفاوت آحاده حيثئذ في المالية

(٤) ويراعى عرف التجار وعادة الناس وتعاملهم . في عقود المراجعة والتولية والوضيعة . وليان المعاني الاصطلاحية بهذه العقود . قول ان الفقهاء قسموا عقد البيع بالنظر الى ثمن المبيع الى الانواع الآتية :
(١) بيع المساومة . وهو بيع الشيء بالثمن الذي اتفق عليه البائع والمشتري بعد المساومة بدون تعرض للثمن الذي يكون البائع قد اشتراه به وبدون نظر الى ربح أو خسارة بالنسبة للثمن الاول الذي دفعه البائع فيه . وهذا النوع من البيع هو البيع المعتاد الكثير الوقوع بين الناس (٢) بيع المراجعة وهو بيع الشيء بمثل الثمن الذي اشتراه البائع به مع زيادة فيربح البائع فيه (٣) بيع التولية وهو البيع بالثمن الذي اشتراه البائع من غير زيادة ولا قص فيه فلا ربح ولا خسارة بالنظر الى الثمن الاول الذي دفعه البائع (٤) بيع الوضيعة وهو البيع بأقل من مثل الثمن الذي اشترى به البائع الشيء فتلقحه الخسارة بالنظر الى الثمن الذي دفعه .

ولا بد في عقود المراجعة والتولية والوضيعة . أن يكون الثمن الاول

(١) فتح القدير على الهداية ج ٦ ص ٢٠٨ .

للمبيع مثليا ومعلوما للمشتري لأن تقدير الثمن في هذه البيوع على أساس الثمن الاول الذي دفعه البائع حتى يتحقق أن الثمن الذي يدفعه المشتري مساو للثمن الذي دفعه البائع في شراء المبيع أو زائد عليه أو ناقص عنه . وهذا يستلزم بالضرورة أن يكون الثمن الاول مثليا لا قيميا لان النسبة بين الثمنين بالمساواة أو بالزيادة أو بالنقص لا يمكن أن تتعد الا بين متماثلين لا تفاوت بينهما في المالية من حيث أحادهما . وذلك انما يتحقق في المثليات التي لا تفاوت بين أفرادها في المالية تفاوتا يعتد به في اصطلاح الناس وعرفهم لا في القيميات التي تتفاوت أحادها في المالية تفاوتا لا يدخل تحت مقياس وضبط . فلا يتأتى اتخاذ القيمي مقياسا ومعيارا لتقدير مقدار الثمن الثاني لمساواته للثمن الاول أو زيادته عليه أو نقصه عنه .

فاذا ما أراد البائع أن يبيع مرابحة أو تولية أو وضعة الشيء الذي اشتراه فانه يضيف الى الثمن الذي اشترى به المبيع كل ما جرى عرف الناس وتعاملهم بالحاقه الى الثمن و اضافته اليه . ويعتبر ذلك من الثمن . وكل ما لم يجر عرفهم وتعاملهم باضافته اليه فليس له أن يلحقه اليه ولا أن يعده منه . ويقول للمشتري عند البيع : قام على المبيع بكذا ولا يقول اشتريته بكذا ليكون صادقا في قوله غير مرتكب الكذب . فيضيف الى الثمن أجره الخياط والقصار والصباغ اذا كان المبيع ثوبا . ويعد كل ذلك من ثمنه . ويضيف الى الثمن أجره سائق الدابة وعلفها وقلعها من بلد الى آخر اذا كان البيع دابة . ويقول الكاساني في « البدائع » بيانا لما يلحق برأس المال وما لا يلحق به عند البيع مرابحة أو تولية أو وضعة مانعه : لا بأس بأن يلحق برأس المال أجره القصار والصباغ والفسال والقتال والخياط والسمسار وسائق الفم وعلف الدواب وبيع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لان العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه . وعرف المسلمين حجة . قال النبي عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن . الا أنه لا يقول عند البيع : اشتريته بكذا ولكن يقول : قام على بكذا لأن الاول كذب

والثاني صدق • وأما اجرة الراعى والبيطار وما اتفق على نفسه فلا يلحق برأس المال • ويباع مراوحة وتولية على الثمن الاول الواجب بالعقد الاول لان العادة ما جرت بين التجار بالحاق هذه المؤن برأس المال • وما اتفق على نفسه في سفره لا يلحق به لانه لاعادة فيه • والتمويل في هذا الباب على العادة « ١ » • وفي كتاب « المبسوط » لشمس الائمة السرخسي : ان عرف التجار معتبر في بيع المرابحة • فما جرى العرف بالحاقه برأس المال يكون له البائع - أن يلحقه به ومالا فلا « ٢ » ا هـ •

ومادام التمويل في هذا الباب على العرف والعادة كما صرح بذلك الكاساني فيما نقلناه من كلامه • فاذا جرى عرف التجار على أن يضم الى الثمن الاول ما أتفق البائع على نفسه وتكلفه من مصاريف في السفر كأجرة الباكسة ومادفعه أجرة لتخزين البضائع في الجوارك وتخليصها • فانه ينبغي أن يلحق كل ذلك الى رأس المال وأن يعد منه لان المرجع في هذا كله هو العرف والعادة • فكل ما جرى به عرف التجار باضافته الى الثمن الاول واحتسابه منه يلحق به ويعتبر منه • وما ليس كذلك في عرفهم لا يضاف اليه ولا يعد منه •

(٥) ومن العقود التي بنى جوازها على العرف بيع الفواكه على الاشجار التي لا تظهر دفعة واحدة بل توجد شيئاً فشيئاً بالتتابع ويتلاحق ظهور محصولاتها وتتناقص وقتاً بعد وقت • وكذلك بيع الخضروات التي بهذه الصفة • فانه يجوز بيعها كلها صفقة واحدة لتعامل الناس وجريان عرفهم بذلك • عند الامام مالك كما ذكره السرخسي في المبسوط وكذا عند الامام الليث بن سعد كما ذكره ابن القيم في كتابه « أعلام الموقعين » « ٢ »

وظاهر المذهب عند الحنفية أن هذا العقد غير جائز للجمع في العقد

(١) ج ٥ ص ٢٢٢ •

(٢) ج ١٢ ص ٨٠ •

(٣) ج ٤ ص ١٩ •

الواحد بين الوجود والمعدوم . ومن القاعدة المقررة أن المعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود من الثمن مجهولة غير معلومة فلا يمكن تصحيحه بالنسبة للموجود من المبيع فلا يجوز العقد . ويرى السرخسي في « المبسوط » عن محمد بن الحسن أنه أجاز بيع الورد على الأشجار وهو ما يتلاحق وجوده ويتتابع ظهوره شيئا فشيئا ثم ذكر السرخسي أن محمدا جوز البيع في الورد ونحوه . وقد أفتى بعض علماء مذهب الحنفية مثل شمس الأئمة الحلواني ومحمد بن الفضل برأى الامام محمد في هذه المسألة لعرف الناس وتعاملهم في بيع أثمار الكروم بهذه الصفة . وفي نزاع الناس عن عاداتهم المألوفة في مبادلاتهم المالية حرج بين وعسر شديد (١) وغير خاف أن في اجازة بيع الفواكه على الأشجار وكذا الخضروات التي تظهر متلاحقة ومتتابعة بعد أن بدا صلاحها مصلحة للناس وتيسيرا لهم في معاملاتهم ومبادلاتهم التجارية . والتيسير على الناس من أهم مقاصد التشريع الإسلامي . وفي كتاب « قواعد الأحكام » لعز الدين بن عبد السلام: إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها والتسكن من سقيها بالماء لأن هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطاهما باللفظ (٢) .

هذا وللعرف أثر واضح في الشروط التي تقرر بالمقود . والشروط التي يذكرها المتعاقدان أو يشترطها أحدهما في العقد ذات أهمية كبيرة . فقد قضى تلك الشروط على العقد فتجمله غير صحيح فلا يترتب عليه حكمه شرعا . وللعلماء المذاهب المختلفة في الفقه الإسلامي كلام طويل وتفصيلات كثيرة في الشروط المقررة بمقود المعاوضات وبمقود غير المعاوضات من حيث صحة هذه الشروط واعتبارها ووجوب الوفاء بها والعمل بمقتضاها . ومن حيث عدم صحتها فعدم وجوب العمل والوفاء بها . ومن حيث تأثيرها في صحة المقود المالية . وإبطالها وعدم تأثيرها في

(٢) راجع كتاب المبسوط ج ١٢ ص ٩٦ - ١٩٧ .

(١) ج ٢ ص ١٠٨ .

ذلك . لاتعرض لبيان آراء فقهاء المذاهب المختلفة في هذا الموضوع لان ذلك يبعدنا عن غرضنا ويخرجنا عن الموضوع الذى نحن بصدده . ولذا نسوق الكلام في بيان مذهب الحنفية في هذه المسألة وقول كلمة موجزة . لان للعرف والعادة اعتبارا عندهم فيما يصح من الشروط وما لا يصح منها في العقود المالية وغيرها . يقسم فقهاء الحنفية الشروط المقرنة بالعقد الى ثلاثة أقسام . صحيح . وفاسد . وباطل . ويعرفون الشرط الصحيح بأنه ما يوافق مقتضى العقد كاشتراط ابقاء المبيع في يد البائع اذا كان الثمن مؤجلا حتى يتسلم الثمن من المشتري أو ما يؤيد مقتضى العقد كاشتراط أخذ رهن من المشتري بالثمن أو تقديم كفيل به لان استيفاء البائع الثمن من المشتري مقتضى العقد وأخذ رهن به من المشتري أو كفيل مما يؤكد . أو ورد به الشرع كخيار الشرط لاحسد المتعاقدين فانه ورد به النص من الشارع وكذا اشتراط رد المبيع للبائع اذا ظهر به عيب أو جرى به عرف أهل البلد الذى وقع فيه العقد . كما اذا اشترى شخص ساعة واشترط على البائع أن يقوم باصلاحها مدة معلومة . وكما اذا اشترى سيارة واشترط على البائع أن يقوم بتصليحها مدة معينة اذا جرى العرف بذلك . وكاشتراط تعجيل نصف الصداق أو ثلثه في عقد الزواج اذا تعارف الناس ذلك وتعاملوه . فيلزم بائع السيارة باصلاحها في المدة المعينة وكذا بائع الساعة ويلزم الزوج بأن يجعل لها المقدار المتفق على تعجيله حتى لو امتنعت الزوجة عن طاعته حتى قبض المجل من مهرها لاتمد ناشزا فتستحق النفقة على زوجها لان الشرط المقرن بالعقد لما كان صحيحا التحق بأصل العقد فيأخذ حكمه . فيرى مما سبق أن الحنفية يجعلون الشرط المتعارف بين الناس في العقود مثل الشرط الذى ورد به النص في اعتباره صحيحا وفي وجوب العمل بموجبه والوفاء به وان لم يكن الشرط المتعارف من مقتضيات العقد ولا من ملائماته ومؤكداته .

ولا يقال ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع بشرط وهذا نص صريح من الشارع في أنه لا يجوز البيع بشرط ولو كان متعارفا بين الناس . والنص أقوى من العرف فلا اعتداد بالعرف مع وجود النص . فليس لاحد أن يرد النص بالعرف - لا يقال ذلك - لأن علة النهي عن البيع بشرط هي ما يثيره البيع بالشرط من النزاع والخلاف بين المتبايعين لأن غرض الشارع هو قطع النزاع وحسم الخلاف بين الناس . والشروط العرفية التي تعارفها الناس وتعاملوا بمقتضاها لا تسبب نزاعا ولا تثير خلافا ولا توجد خصاما بين المتعاقدين فلا تكون مقصودة من النهي الوارد في الحديث .

وفي « العناية على الهداية » للبايرتي : لا يقال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع بشرط . وهو باطل لأنه يقتضي عدم جواز البيع اذا اقترن بشرط . لأن الشرط الذي يقتضيه العقد ليس بشرط في الحقيقة حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق . ثم قال : ولا يقال فساد البيع بالشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه . فالشرط المتعارف يكون فاسدا فلا يصح البيع معه . لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة . والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث « ١ » . اهـ ببعض تصرف .

والشرط الفاسد وكذا الباطل هو ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وليس مشروعا بالنص ولا متعارفا بين الناس الا أن في الشرط الفاسد منفعة لاحد المتعاقدين أو لغيرهما من اهل الاتقاع وفي الشرط الباطل لا توجد هذه المنفعة . وهذا هو الفارق بين الشرط الفاسد والشرط الباطل عند الحنفية في المسائل التي من قبيل المعاملات لا العبادات وأما في العبادات فلا فرق بينهما عندهم . ثم ان الشرط الفاسد اذا اقترن بعقد معاوضة كالبيع والاجارة كما اذا باع رجل داره واشترط أن يسكنها مدة معلومة

أو يسكن المشتري شخصا معينا أو باع سيارة واشترط أن ينتفع بها مدة معينة . أفسد العقد . وإن اقترن بعقد من العقود التي ليست من المعاوضات والمبادلات المالية فلا أثر له في العقد صحة وفسادا . ويعتبر الشرط الفاسد لفوا لا اعتداد به . كما إذا اشترطت الزوجة في عقد الزواج ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها . وكما إذا اشترط الزوج ألا ينفق عليها . وقد علل علماء الحنفية التفرقة بين العقود المالية وغير المالية بالنسبة للشرط الفاسد حيث أن الأولى تصد إذا اقترن بها شرط فاسد وتكون الثانية صحيحة معه ويكون الشرط المقترن بها لاغيا . بأن في اشتراط الشرط الفاسد زيادة لا يقتضيها العقد ولا يلائمها لا في مقابل شيء من العوض وهي المنفعة لأحد المتعاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق . فيفضى إلى الربا أو على الأقل في ذلك شبهة الربا . والمبادلات المالية يفسدها ما يؤدي إلى الربا بخلاف العقود غير المالية . إذ لا يتصور فيها الربا ولا شبهة الربا . وبأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط . فكل بيع اقترن بشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا منصوصا عليه ولا متعارفا . فهو منهي عنه فيكون فاسدا . ويلحق بالبيع الذي هو مورد النص المذكور كل عقد هو معاوضة مالية بطريق القياس عليه لكونه في معنى البيع . وأما العقود غير المالية كالنكاح فالنص المذكور لا يشمل ولا يقاس على البيع لعدم وجود أمر مشترك بينهما يقتضى الحاقه به وقياسه عليه « ١ » .

وأما الشرط الباطل فإنه يكون لاغيا سواء اقترن بعقد معاوضة أو بعقد غير معاوضة . فلا أثر له في العقد صحة وفسادا . ويكون العقد المقترن به صحيحا مادام مستكملا لأركانه ومستوفيا لشرائطه . لأن الشرط الباطل لما كان لافائدة منه ولا منفعة لأحد المتعاقدين ولا لغيرهما من أهل الانتفاع والاستحقاق كما إذا باع دارا واشترط ألا يسكنها المشتري وكذا

إذا باع سيارة واشترط على المشتري الا يستعملها الا في أوقات مخصوصة أو الا يستعملها غير المشتري أو لا يبيعها المشتري . فانه لا يؤدي الى النزاع والخلاف بين المتماقدين ولا يضر العقد ولا يعمل بموجبه .

وبعد فإن المال الذي هو مورد العقود والتصرفات . وأساس المعاملات ومحل الصفقات والمبادلات والمعاوضات بين الناس . ومقياس الاشياء لتقدير قيمتها في نظر الناس سواء كانت أعيانا أو منافع . والمحرك الذي يدور عليه قضاء الحاجات بين الناس بطريق التبادل . وبالجملة فالمال الذي هو عصب الحياة . مقياسه انما عرف الناس وتعاملهم . فاذا تعارفوا على أن شيئاً من الاشياء مرغوب فيه يميل اليه الطبع ويعمل الناس ويسعون لاحترازه واقتنائه . ويعجز في البذل والمنع . ويمكن ادخاره وتموله لوقت الحاجة كما هو تعريف المال عند الفقهاء . ثبتت ماله . ومن الواضح أن هذا يختلف باختلاف الأزمنة والامكنة والاشخاص . فقد يكون الشيء في زمان أو مكان عديم الفائدة لقيمة له ولا منفعة في نظر الناس فيملونه ولا يلتفتون اليه لعدم الجدوى والنفع بحسب علمهم وتقديرهم في حين أنه في زمان آخر ومكان آخر . قد يكون عزيزاً قيساً جم الفائدة وجميلة المنفعة للإنسان . فيتزاحم الناس على امتلاكه وادخاره . ويتنافسون على احترازه واقتنائه . ويعملون جاهدين للحصول عليه بكل الطرق والوسائل . وكم من أشياء ثمينة ومواد نافعة كانت مهمة مهجورة قبل التقدم الصناعي والنهضة العلمية لجهل الناس بقيمتها وفائدتها . فأهلوها وتركوها بدون أن يهتم أحد بها . ثم أظهرت التجارب وأبان الكشف العلمي مالها من فوائد ومنافع ومزايا في الصناعات والزراعات وغيرها . فأصبحت متمولة ومتداولة بين الناس ومن أقص ما يمتلكونه ويمتزون باقتنائه . فثبتت المالية للأشياء ملاكاً ومردة أولاً وآخراً . انما العرف العام أو العرف الخاص في تموله وتداوله . قال صاحب « البحر الرائق » في أول كتاب البيوع عند تعريف المال : وفي الكشف الكبير . المال ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . والمالية انما ثبتت بتمول الناس كافة أو بتمول البعض .

العرف والوقف

من المقرر فقها أن أحكام مسائل الوقف عدا أصل مشروعيته لم تبين على نصوص شرعية من الكتاب أو السنة . ولذلك كانت أحكام الوقف اجتهادية بنيت على قواعد فقهية عامة وعلى عرف الناس وعاداتهم وتعاملهم . والخصاص الفقيه الحنفى قاضى القضاة بيغداد المتوفى سنة ٢٦١ هجرية والذي وصفه « قاضيخان » بأنه كان كبيرا في العلم يجوز الاقتداء به «^١» . يقول في كتابه القيم الذى ألفه في الوقف والذي يعد حجة في مسائل الوقف وأعظم مرجع لأحكامه عند الحنفية : وعلى هذا تعارف الناس وعلى هذا أمور الناس وعلى هذا مذهب الناس وما تجرى عليه وقوفهم . وعلى هذا معانى كلام الناس . وانما يجعل هذا على ما يتعارفه الناس ويعقلونه . ويردد هذه الكلمات في أكثر من موضع في كتابه «^٢» . وفي فتاوى ابن حجر المكي : لاتبني عبارات الواقفين على الدقائق الاصولية والفقهية والعربية كما أشار اليه البلقينى في الفتاوى وانما نبنيها على ما يتبادر ويفهم منها في العرف وعلى ما هو أقرب الى مقاصد الواقفين وعاداتهم . وفي رسالة « العقود الدرية » لابن عابدين قلا عن فتاوى العلامة زين الدين قاسم بن قطلوبغا : ان لفظ الواقف . . . يحمل على عادته في خطابه ولفته التى يتكلم بها وافقت لغة العرب ولغة الشارع أولا . وقد جاء في المذكرة التفسيرية لمشروع قانون الوقف مانصه : قرر الفقهاء انه يجب حمل عبارات الواقفين على ما يريدونه منها اما بقرينة أو عرف وافق ذلك لغة العرب أو لغة الشارع أولا . وانها لاتبني على الدقائق الاصولية والفقهية والعربية .

واختلفت آراء علماء الفقه الاسلامى في اشتراط التأييد لصحة الوقف وعدم اشتراط ذلك . فقهاء الحنفية يشترطون التأييد في صحة الوقف

(١) رد المختار ج ٢ ص ٢٦٥ .

(٢) ص ٤١ و ٤٥ وغيرهما .

وانبنى على ذلك أن وقف العقار صحيح لانه قابل للتأييد ويدوم الانتفاع به بدوام رقبته . والعقار كما عرفه الكمال بن الهمام في كتابه « فتح القدير » هو الارض مبنية أو غير مبنية . والاصل والقياس في المذهب الحنفى عدم صحة وقف المنقول وهو ما عدا العقار . فكل ما عدا الارض منقول عند الحنفية فيتناول المنقول عندهم البناء والفرس . وانما كان القياس عدم صحة وقف المنقول عندهم لان التأييد هو شرط لصحة الوقف لا يتحقق في المنقول اذ الاصل فيه الزوال والاستهلاك . وتمسك الامام أبو حنيفة بمقتضى هذا الاصل فلم يجوز وقف المنقول مطلقا سواء كان وقفه قصدا واستقلالاً أو تبعا للعقار كما نص على ذلك صاحب الهداية (١) .

ونقل هنا كلام الكمال بن الهمام في « الفتح » لانه لخص المذهب الحنفى في وقف المنقول تلخيصا وافيا حيث قال : والحاصل أن وقف المنقول تبعا للعقار يجوز . واما وقفه مقصودا ان كان كراعا أو سلاحا جاز وذلك لورود النص بوقفهما على خلاف القياس . وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجز التعامل بوقفه كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا . وان كان متعارفا كالجنازة — بالكسر النعش — والفاس والقودوم وثياب الجنازة ومما يحتاج اليه من الاواني والقدرور في غسل الموتى والمصاحف . قال أبو يوسف لايجوز . وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ ومنهم الامام السرخسى كذا في الخلاصة (٢) وفي « الهندية » : وأكثر فقهاء الامصار على قول محمد .

ومادام ملاك الامر ومرده في وقف المنقول عند الامام محمد هو العرف والتعامل فانه ينبغي أن يصح وقف كل منقول اذا تمورف وقفه وجرى التعامل بوقفه بدون تفرقة بين منقول ومنقول . وبدون تمييز بين ما يمكن

(١) ج ٥ ص ٤٢٩ .

(٢) ج ٥ ص ٤٣٠ .

الانتفاع به مع بقاء عينه كالمصاحف والكتب والثياب وأشباهاها • وما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالنقود لأن بقاء أمثالها يعد بقاء لها • ووجه مشايخ المذهب رأى الامام محمد فى جواز وقف المنقول قصدا واستقلالاً عن المقار اذا جرى بوقفه عرف الناس وتعاملهم بأن القياس يترك بالتعارف بين الناس كما فى الاستصناع اذا لم يوجد نص فى عينه يطله • وفى هذا يقول السرخسى : ثم فى وقف المنقول مقصودا اختلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ذكره فى « السير الكبير » - كتاب لمحمد - والجواب الصحيح أن ما جرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف كتياب الجنابة وما يحتاج اليه من القدور والاوانى فى غسل الميت • وهذا الاصل معروف ان ما تعارفه الناس وليس فى عينه نص يطله فهو جائز • وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل • لقوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن «١» •

• وفقهاء الشريعة الاسلامية على اختلاف مذاهبهم متفقون على أنه يرجع فى دلالة عبارات الواقفين على معانيها وفى فهم شروطهم وتعرف أغراضهم ومقاصدهم الى عرفهم القائم وقت انشاء أوقافهم لأن كل واحد يتكلم ويعبر عن مراده وقصده على حسب عرفه وعادته • ولذا نص فقهاء الحنفية على أن مفهوم المخالفة معتبر فى نصوص الواقفين وغيرهم مع أن مذهبهم عدم الاخذ والعمل به فى النصوص الشرعية لأن مفهوم المخالفة معروف باعتباره فى متفاهم الناس فيجب اعتباره فى العقود والتصرفات وفى رسالة « رسم المفتى » لابن عابدين : أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على تقى عما عداه فى خطابات الشارع فأما فى متفاهم الناس وعرفهم وفى المعاملات والعقليات يدل «٢» •

اثر العرف فى الزواج وشروطه

ومع أن عقد الزواج أهم العقود شأنًا وأعظمها أثرا على الاطلاق فى

(١) ج ١٢ ص ٤٥ •

(٢) الرسالة المذكورة ص ٤١ •

حياة الإنسان حيث أنه يعقد على سبيل الدوام والبقاء مدى العمر • ولا يتكرر في الاعم الاغلب من الحالات • ويترتب عليه من الآثار ما يبقى بقاء الزمان من ثبوت النسب والتوارث وتأسيس القرابات وانشاء روابط المصاهرة بين الاسر • ويحتاط الشارع فيه أكثر مما يحتاط في غيره من العقود • فشرع له مقدمات لها أحكام فقهية وخصه من بين العقود باشتراط الاشهاد عليه • فان للعرف اعتبارا وتقديرا وأثرا واضحا في انشاء عقد الزواج وشروطه •

فقد نص الفقهاء على أن عقد الزواج يتعقد بكل لفظ غلب استعماله في معنى الزواج وانشائه بحسب العرف ولو كان من الالتفاف المصحفة غير القصيحة مثل • جوزت • وزوزت • وتجوزت • اذا تعارف الناس هذه الالتفاف واستعملوها في الدلالة على ايجاد عقد الزواج وانشائه • لانها في هذه الحالة صارت حقيقة عرفية لايراد منها عند انطلاقها الا تحقيق عقد الزواج وانشاؤه • وفي « رد المحتار » : اذا قال العامى : جوزت بتقديم الجيم أو وزوزت بالزاي بدل الجيم قاصدا معنى النكاح يصح • • • ولاشك أن لفظ « جوزت • وزوزت » لا يفهم منه العاقدان والشهود الا أنه عبارة عن التزويج ولا يقصد منه الا ذلك المعنى بحسب العرف « ١ » •

وعقد الزواج من العقود التي لا تؤثر فيها الشروط الفاسدة فاذا اقترن بشرط فاسد يكون الشرط لاغيا ويكون العقد صحيحا • وأما اذا اقترن بشرط صحيح فإنه يصح كل من العقد والشرط ويجب الوفاء بالشرط والعمل به • ومن الشروط الصحيحة الشرط المتعارف بين الناس كاشتراط تعجيل نصف المهر وتأجيل نصفه الآخر لا قرب الاجلين الطلاق والموت • فإنه يصح الشرط ويجب العمل بموجبه اذا جرى بذلك عرف البلد الذي حصل فيه عقد الزواج • فللزوجة أن تمتنع عن طاعة زوجها ما دامت لم تقبض معجل صداقها عرفا • ولا تعد ناشزا فتستحق النفقة على زوجها

مدة امتناعها عن طاعته حتى تقبض المجلد .

وأجمع الجمهور من فقهاء الشريعة الاسلامية على اعتبار الكفاءة بين الزوجين وان اختلف الأئمة في الامور التي تعتبر فيها الكفاءة بينهما في الزواج . ومذهب الحنفية أوسع المذاهب فيما تعتبر فيه الكفاءة بين الزوجين لان فقهاء الحنفية لما أجازوا للمرأة الكاملة الاهلية أن تباشر عقد زواجها بنفسها كما تباشر سائر العقود والتصرفات بدون فرق بينها وبين الرجل خلافا لجمهور العلماء حيث لا يجوزون عقد الزواج بعبارة النساء فيشترطون أن يتولى عن المرأة وليها في مباشرة عقد زوجها . فقد احتاط فقهاء المذهب الحنفى في الامر ووسعوا الدائرة التي تعتبر فيها الكفاءة في الزواج ليجعلوا المجال فيسحا للاولياء من عصبات الزوجة في الاعتراض على عقد الزواج الذى تولت بنفسها انشاءه لكى يتمكنوا من أن يتداركوا ما عساه قد لحقهم من الضرر والعار فيما اذا كانت المرأة غير موقفة في اختيار زوجها بأن كان غير كفء لها . أى أدنى منها حالا فيما تعتبر فيه الكفاءة بحيث أن تزوجها به يشينها ويلحق بها أو بأوليائها العار في العرف . لان الكفاءة في الزواج حق للمرأة ولاوليائها من العصبات حسب التفصيل المبين في كتب الفقه . واذا تولت المرأة عقد زواجها بنفسها مع وجود ولي عاصب لها لم يرض قبل الزواج بغير الكفاء فالكفاءة شرط لصحة هذا العقد على رواية الحسن بن زياد وقد اختير ذلك للفتوى لما بين في موضعه . وشرط لزوم على ظاهر الرواية في المذاهب . ومهما يكن الامر في شأن الكفاءة وعدها شرط صحة أو شرط لزوم . فان مشايخ المذهب الحنفى قد صرحوا بأن الكفاءة معتبرة في ستة أمور وهى : النسب . والاسلام . والحرية . والمال . والديانة . الصلاح والاستقامة . والحرفة . وقالوا ان الكفاءة في النسب معتبرة بالنسبة للعرب لا بالنسبة للاعاجم . وعللوا ذلك بأن العرب يتفاخرون بالانساب ويجعلونها موضع تفاضلهم وتعايرهم ومحل هجومهم ومدحهم . فهم يحافظون على الانساب ويعتزون بها بخلاف الاعاجم . ولكن هذه التفرقة بين العرب وغيرهم التى يقول بها فقهاء

الحنفية في الكفاءة في النسب ليست واضحة ولا هي معقولة كما أن تعليلهم اعتبار الكفاءة في النسب بين العرب وعدم اعتبارها بين الاعاجم بما ذكر . محل نظر ان لم يقل انه بعيد عن الصواب والواقع فهو على الاقل ليس تعليلًا مقنعًا . لان ملاك الامر في الكفاءة بين الزوجين والاساس الذي بنيت عليه هو العرف ولم يثبت في اعتبار الكفاءة في النسب نص من الشارع لا من الكتاب ولا من السنة الصحيحة كما صرح بذلك الشوكاني في نيل الاوطار . وحينئذ فلو وجد عند غير العرب اعتزاز بالانساب وتفاخر بها مثل العرب ووجدت منهم طبقات من الاشراف والنبل ذوى الاسر العريقة المحافظين على التقاليد القديمة الذين يأتمون من أن يصاهرهم من دونهم في الحسب والنسب والمنزلة الاجتماعية - ويوجد كثيرون من هذه الطبقات في أكثر الامم والشعوب - ينبغي أن تعتبر الكفاءة في النسب بين الاعاجم اذا جرى عرفهم وعادتهم على الاعتزاز بالانساب والتفاخر بها قياسا على اعتبار العرف في ذلك عند العرب . وفي « فتح القدير » : فاذا ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمناه فيمكن ثبوت تفصيلها أيضا بالنظر الى عرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به « ١ » وفي المعنى لابن قدامة الحنبلي : فاذا اطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف « ٢ » وقد اعتبرت الكفاءة في الزواج بين الزوجين لان عدمها يستدعي عارا وقصا في العرف . والغاية من الكفاءة حفظ أسرة الزوجة من أن ينتسب اليها بالمصاهرة من لايساويها في المكانة الاجتماعية . فيلحق بها عارا ومنقصة في عرف الاوساط والبيئات والمجتمعات . وقد أحسن الاستاذ الجليل أحمد ابراهيم رحمه الله في قوله : ما دام المقصود من اعتبار الكفاءة صيانة المرأة وأوليائها من عار الزوج . ومنع الفتنة الناشئة عن ذلك . ومناطق ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس الاجتماعية . ينبغي ترك الامور التي تعتبر فيها الكفاءة لعرف الناس في كل زمان ومكان « ٣ » .

(١) ج ٢ ص ١٩٨ .

(٢) ج ٧ ص ٣٧٥ .

(٣) أحكام الاحوال الشخصية ص ١٠١ .

وكون العرف هو المدار في الكفاءة يظهر بشكل واضح جلي في اعتبارها في الحرفة والصناعة . ومعنى الكفاءة في ذلك أن الرجل اذا كان صاحب حرفة خسيصة لا يكون كمن لا امرأة أبوها صاحب حرفة شريفة . ومرد كون الحرفة شريفة أو غير شريفة هو العرف وهذا يختلف باختلاف الزمان والبلدان . فرب حرفة شريفة في بلد تعد خسيصة في بلد آخر يعير بها صاحبها . وقد تتغير صفة الحرفة بتغير الزمان . فتصبح الصناعة النفيسة خسيصة . والخسيصة هيسة . وقد تمد دناءة الحرفة منقصة في عصر فيعير بها صاحبها وقد لا تعد كذلك في عصر آخر فلا يعير بها صاحبها . وقد علل صاحب الهداية اعتبار الكفاءة في الحرفة بأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعرون بدناءتها .

ثم ان الكفاءة تعتبر من بجانب الزوج فقط فاذا لم يكن دون زوجته في الامور التي تعتبر فيها الكفاءة حصل التكافؤ بينهما . ولا تعتبر من جانب الزوجة . فلو كانت أدنى منه حالا ومنزلة فيما تعتبر فيه الكفاءة لا تعتبر الكفاءة منتفية بينهما . والمناط في هذا العرف . فقد جرى عرف الناس المستر على أن الزوج لا يعير اذا كانت زوجته دونه في المكانة الاجتماعية بل يرفع شأنها ويعلى من مقامها ولذا قيل في الامثال العامة : امرأة الامير أميرة ولو كانت حقيرة . بخلاف المرأة فانها تعير هي وأولياؤها بالتزوج ممن دونها . ولا ترفع زوجها الى منزلتها الاجتماعية بحسب جريان العرف والعادة . تختلف علماء الحنفية فيما اذا وكل الرجل غيره في أن يزوجه توكيلا مطلقا غير مقيد بامرأة معينة ولا بمرء معلوم . فزوجه الوكيل بامرأة يحل للموكل أن يتزوجها . هل يتخذ عقد هذا الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته لو كانت المرأة غير مكافئة له وغير سليمة من العيوب والعاهات . أو لو كان المهر أكثر من مهر المثل بما لا يتغابن فيه الناس . فذهب الامام أبو حنيفة الى أن الزواج نافذ على الموكل بدون توقف على اجازته حيث ان التوكيل بالزواج مطلق فيتناول أية امرأة وأي مهر كما هو مقتضى الاطلاق . فلم يخرج الموكل عن حدود التوكيل . فيكون تصرفه

نافذاً على الموكل لعدم مخالفته فيما وكل فيه . وذهب الصاحبان الى اشتراط كفاءة المرأة وسلامتها من العيوب والى اشتراط كون مهرها ألا يزيد عن مهر مثلها بغبن فاحش . لنفلذ عقد الزواج على الموكل بدون توقف على اجازته . لان التوكيل المطلق ينصرف الى المتعارف بين الناس وهو الزواج من امرأة تناسبه وتكافئه وسليمة من العيوب وبمهر المثل . فالتوكيل بالزواج وان كان مطلقاً بحسب الصورة واللفظ الا أنه مقيد في المعنى بدلالة العرف حيث ان المتعارف بين الناس أن من يطلب الزواج انما يريد التزوج من امرأة مناسبة له سليمة من العيوب على مهر أمثالها . ولما كان الشخص قد يعجز عن أن يحقق بنفسه مثل هذا الزواج . فقد جرى العرف بأن يوكل غيره ليستعين به في الحصول على مثل هذا الزواج اذ لا يعجز أحد من التزوج بأية امرأة وعلى أى مهر . فيكون التوكيل المطلق مقيداً بما ذكر عملاً بالعرف الجارى بين الناس والمختار في المذهب هو رأى الصاحبين وعليه العمل والقنوى .

اثر العرف فيما يقع به الطلاق

الالفاظ التي غلب استعمالها لانشاء الطلاق في متفاهم الناس وعرفهم تكون صريحة في الطلاق ويقع بها بدلالة العرف بدون حاجة الى نية الطلاق . فمن هذه الالفاظ قول الرجل لزوجته : انت محرمة . أو أنت على حرام . أو حرمتك على نفسي . وقد أفتى المتأخرون من فقهاء المذهب الحنفى بأنه يقع بهذه الالفاظ طلاقاً واحدة بآنية بدون حاجة الى نية الطلاق . وانما لم يحتج فيها الى نية لوقوعه لانها من صريح الطلاق بطريق العرف حيث لا يقصد في متعارف الناس عند اطلاق هذه الالفاظ الا الطلاق وانما وقع بها الطلاق البائن مع أن الناس في متعارفهم استعمال هذه الالفاظ في الطلاق لا يميزون بين الطلاق الرجعى والطلاق البائن . لكون الطلاق البائن مقتضى لفظ الحرام وموجبه . لان الطلاق الرجعى لا يحرم الزوجة مادامت في العدة والطلاق الذى يفيد تحريمها هو الطلاق البائن اذ هو

الذى يزيل الحل فى الحال عقب الطلاق مباشرة بخلاف الطلاق الرجعى فان الزوجية لاتزال قائمة بعده كما كانت قبل حصول الطلاق وابقاعه مادامت المطلقة طلاقا رجعيا لاتزال فى العدة . واذا لم يتعارف الناس استعمال هذه الالفاظ فى الطلاق لايقع بها الطلاق الا بالنية لانها فى هذه الحالة من كنيات الطلاق لا من صريحه لكونها تحتمل الطلاق وغيره . فالعرف هو المرجع والاساس فى وقوع الطلاق بهذه الالفاظ وأمثالها بدون حاجة الى نية الطلاق أو بشرط نيته .

ولو قال الرجل : « كل حل على حرام » فعلى رأى القدامى من فقهاء الحنفية ينصرف هذا الكلام الى الطعام والشراب ويحمل على ذلك لان هذه الجملة تستعمل فيما يتناول عادة وهو المعنى اللغوى لها . وفى « الهداية » : هذا جواب ظاهر الرواية . ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير قرينة لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى « ١ » . وقال مشايخ بلخ : وقول محمد بعدم وقوع الطلاق بهذه الصيغة الا اذا نوى الطلاق على عرف ديارهم أما فى عرف بلادنا فيريدون بها الطلاق فتحمل عليه ولا يحتاج الى نية الطلاق لغلبة الاستعمال ودلالة العرف « ٢ » . ويقول الكمال بن الهمام فى الفتح : والحاصل ان المعتبر فى انصراف هذه الالفاظ عربية أو فارسية الى معنى بلا نية التعارف فيه « ٣ » وفى « الدر المختار » : ومن الالفاظ المستعملة فى الطلاق : الطلاق يلزمنى . والحرام يلزمنى . وعلى الطلاق . وعلى الحرام . فيقع بلا نية للعرف . وفى « رد المحتار » تعليقا وشرحا لكلام صاحب الدر المذكور : وانما كان مذكروه صريحا لانه صار فائيا فى العرف فى استعمال الطلاق ... وقد مر أن الصريح ماغلب استعماله فى الطلاق بحيث لا يستعمل عرفا الا فيه من أية لغة كانت وهذا فى عرف زماننا كذلك فوجب اعتباره صريحا كما أفتى المتأخرون فى « أنت على حرام » بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية « ٤ » ويقول شهاب الدين القرافي المالكي فى

(١) ج ٤ ص ٣٧٣ - ٣٧٤ (٢) رسالة العرف ١٢٦ (٣) ج ٤ ص ٣٧٤
طبع الطبى (٤) ج ٢ ص ٤٦٩

كتابه « الاحكام » عنديانه الاحكام التي مدرکہا العرف والعادة : الحكم الثالث ماوقع في المدونة اذا قال لامرأته أنت على حرام . أو خلية . أو برة . أو وهبتك لاهلك . يلزم الطلاق الثلاث اذا كانت مدخولا بها وهذا بناء على أن هذا اللفظ في عرف الاستعمال اشتهر في ازالة العصمة واشتهر في العدد الذي هو الثلاث ثم قال : فانت تعلم أنك لاتجد الناس يستعملون هذه الصيغة المتقدمة في ذلك بل تمضي الاعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته اذا أراد أن يطلقها : أنت خلية . ولا وهبتك لاهلك ولا تستعمل هذه الالفاظ في ازالة العصمة ولا في عدد طلقات . فالعرف حينئذ في هذه الالفاظ منفي قطعا . واذا اتفى العرف لم يبق الا اللغة ولم توضع هذه الالفاظ لغة لهذه المعاني التي قررنا مالك في المدونة واذا لم تعد هذه الالفاظ لغة ولا عرفا هذه المعاني فهذه الاحكام حينئذ بلا مستند والفتيا بغير مستند باطلة اجماعا نعم لفظ « الحرام » في عرفنا اليوم لازالة العصمة خاصة دون عددها وهي مشتهرة في ذلك «^١» (باختصار وحذف) .

وهذه النصوص الفقهية من أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية لاترك مجالا للشك بأن للعرف المكان الاول فيما يقع به الطلاق من الالفاظ وفي عد هذه الالفاظ واعتبارها من صريح الطلاق فيقع بها الطلاق بدون حاجة الى نية وقوعه بدلالة العرف والاستعمال أو من كنياته فلا يقع بها الطلاق الا بالنية لكونها تحتمل الطلاق وغيره والذي يعين ارادة الطلاق منها مع الاحتمال هو النية . كما بان من هذه النقول التي نقلناها أوضح بيان مدى اعتبار علماء الفقه الإسلامي للعرف ومبلغ اعتمادهم عليه فيما يعد من الفاظ الطلاق وما لا يعد منها .

وفي الفروق للقرافي : الاحكام المترتبة على العوائد - العادات - تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت ... وعلى هذه القاعدة تخرج أيما ن الطلاق وصيغ الصرائح والكنيات فقد يصير الصريح كناية يفترج الى النية وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن النية «^٢» .

الأيمان مبنية على العرف

الأصل المقرر فقها أن الأيمان مبنية على العرف لا على اللغة والشرع فإذا استعمل الحالف لفظا له معنى لغوي أو معنى شرعي وكان في العرف له معنى آخر يراد به معناه العرفي «١» ولا يراد ما يطلق عليه حقيقة بحسب اللغة لأن العبرة في الحلف واليمين بالعرف والعادة لا بمدلول اللفظ وما يطلق عليه لغة أو شرعا . لأن العرف اصطلاح طاريء على حقيقة اللغة واستعمال الشارع . وكل حالف انما يريد عرفه وعادته فيحمل كلامه على ذلك .

والكلام في اليمين من ناحيتين (١) المحلوف به (٢) المحلوف عليه . فاما ما يحلف به فهو لفظ الجلالة أو اسم من اسمائه تعالى أو صفة من صفاته . ومجمل القول في ذلك على ما بينه فقهاء الحنفية : أن الحلف باسم من أسماء الله تعالى سواء ورد النص من الشارع بالحلف به أو لم يرد . وسواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوه . يكون يمينا وقسما بدون فرق بين أن يكون الاسم خاصا بالله سبحانه وتعالى لا يشاركه في التسمية به أحد . كالله والرحمن أو كان غير خاص بذاته تعالى كالعليم والعزيز وهذا هو الصحيح والظاهر من المذهب . لأن الغرض من الحلف تقوية عزم الحالف على الفعل أو الترك وهذا حاصل بالحلف باسمائه تعالى الخاصة وغير الخاصة به . وأن الحلف بصفة من صفاته تعالى يكون يمينا ان جرى العرف بين الناس على الحلف بها كعزة الله وجلاله وكبريائه . وان لم يجر العرف على الحلف بها لا يكون يمينا كعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته . سواء كانت الصفة صفة ذات أو صفة فعل . فالأولى ما يوصف بها سبحانه وتعالى ولا يجوز أن يوصف بضدها كالقدرة والعزة والجلال والكبرياء . والثانية ما يوصف بها سبحانه وتعالى ويجوز أن يوصف بضدها كالرحمة والغضب فانه يجوز أن يقال : رحم الله المؤمنين ولم يرحم الكافرين وغضب الله على اليهود ورضى عن المسلمين . لأن الأيمان مبنية

(١) رسالة « رفع الانتقاض » من مجموعة رسائل ابن عابدين ص ٣٠٠ .

على العرف • ولا فرق في ذلك بين ما لا يحتمل غير الصفة كالجلال والكبرياء • وبين ما يحتمل الصفة وغيرها • كالقدرة والعلم • اذ يجوز أن يراد بالقدرة المقدور وبالعلم المعلوم • كما يقال في الدعاء : اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك • وقيل ان ما لا يحتمل غير الصفة يكون يمينا وان لم يجر العرف بين الناس بالحلف به • وأما ما يحتمل الصفة وغيرها فلا يكون يمينا الا اذا نواها أو وجد عرف بالحلف به •

وفي « المبسوط » للرخسي : وأما الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا يقولون : الحلف بصفات الذات كالقدرة والعزة يمين • والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لا يكون يمينا • ثم قال : والاصح أن نقول : الايمان مبنية على العرف والعادة • فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لم يتعارف الحلف به لا يكون يمينا • والحلف بقدرة الله تعالى وكبريائه وعظمته • متعارف فيما بين الناس وبرحمته وغضبه غير متعارف فلهذا لم يجعل قوله : وعلم الله يمينا ^(١) •

وأما اليمين من حيث المحلوف عليه فانه يراعى في ذلك العرف لان اليمين لاتعدو أن يكون ارادة للحالف في تقوية عزمه على فعل شيء أو تركه يعبر عنها باللفظ المتعارف عنده بحسب لغته وبيئته فيحمل لفظه في اليمين على عرفه وعادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها •

ويشترع على قاعدة بناء الايمان على العرف مسائل من الايمان لاتعد كثرة ولا يمكن حصرها واستقصاؤها وسنذكر بعضها منها :

(١) اذا حلف الشخص لا يأكل لحما فأكل سمكا طريا أو مالحا لم يحنث في يمينه • لان في عرف الناس لا يسمى السمك لحما ولا يستعمل استعمال اللحم مع أنه ورد في القرآن تسميته لحما فقال تعالى : وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا ^(٢) لان الاصل في اليمين هو العرف فلا تبني على الفاظ القرآن •

(١) ج ٨ ص ١٢٢

(٢) سورة النحل رقم ١٤

(٢) لو حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة المشرفة أو دخل مسجدا من المساجد لم يحنث في يمينه لأن اسم البيت في متفاهم الناس ومتعارفهم لا يطلق على الكعبة ولا على المسجد لأن البيت في عرف الناس اسم للموضع المعد للبيتوتة فيه . مع أن الله تعالى أطلق لفظ البيت على الكعبة وسمى المساجد بيوتا . قال تعالى : ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا وهدى للعالمين «١» وقال تعالى : في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه «٢» لما تقرر أن العبرة للعرف لا لألفاظ الشرع والقرآن في مسائل اليمين .

(٣) لو حلف لا يأكل بيضا . فأكل بيض السمك لا يحنث مع أنه يطلق عليه لغة اسم البيض حملا على ما يطلق عليه اسم البيض في العرف لا في اللغة . الا أن يكون الحالف قد نوى بيض السمك فيحنث بأكله معاملة له بنيته . واللفظ يتناوله لغة فيصح قصده وارادته منه .

(٤) لو حلف لا يسكن بيتا ولا نية له . فسكن خيمة فإن كان الحالف من أهل المدن والامصار . لم يحنث وان كان من أهل البادية يحنث . حملا للفظ على مقصود الحالف يمينه حسب عرفه وعادة أهله وبيئته . حيث ان اليمين تتقيد بالمتعارف من كلام الحالف . فلما كانت عادة أهل المدن والامصار جارية على أنهم يسكنون البيوت المبنية فلا يحنث الحضري اذا سكن الخيمة . وعادة أهل البادية جارية على أنهم يسكنون الخيم . فيحنث البدوي اذا سكن الخيمة . لأن هذا مراده ومقصوده بحسب عرفه فيعامل كل بالمتعارف في متفاهم بيئته وأهله . وروى أن رجلا سأل ابن مسعود رضي الله عنه وقيل ابن عمر رضي الله عنه فقال : ان صاحبنا لنا أوجب بدنة — ناقة أو بقرة تنحر للتقرب الى الله تعالى سميت بذلك لانهم كانوا يسمونها ومنه قولهم : أراك أضعف السدنة وأنت في قد البدنة —

(١) الآية ٩٦ من سورة آل عمران .

(٢) الآية ٣٦ من سورة النور .

أفتجزيه البقرة • فقال ابن مسعود : ممن صاحبكم • فقال من بنى رباح • فقال : ومتى اقتنت بنو رباح البقر انما وهم (قصد ووقع في خلده) صاحبكم الابل •

(٥) يمين القور كما اذا دعا شخص آخر الى الغداء وقال له : تغد معي • فرد قائلا : والله لا أتغدى فانه يمين تنقيد بالغداء المدعو اليه • لان هذا هو المراد والمقصود من هذا الكلام في متفاهم الناس ومتعارفهم • فالكلام مؤبد لفظا ومؤقت معنى من حيث مدلوله العرفي لا الحرفي ويقول السرخسي : ان هذا النوع من اليمين سبق به أبو حنيفة ولم يسبق به «١» • وقد نص فقهاء الحنفية على أن من حلف على ترك الغداء أو العشاء تعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم حتى أن المصري الحضري لو حلف على ترك الغداء فشرب اللبن لم يحث وأن البدوي يحث لانه غداء أهل البادية «٢» •

(٦) لو حلف قائلا : والله لا أضع قدمي في دار فلان • فالمعنى الاصلى اللغوي لهذه الجملة عدم وضع القدم • وهذا المدلول اللغوي لهذه الجملة لا ينصرف اليه كلام الحالف • لانه أصبح مهجورا غير مراد بحسب العرف • لان هذه الجملة صار معناها العرفي عدم الدخول • فأصبحت حقيقة عرفية لهذا المعنى • فلو دخل الحالف الدار ماشيا أو راكبا يحث في يمينه • ولو وضع قدمه فيها من غير أن يدخلها بأن اضطجع خارجها ووضع رجله فيها لا يكون حاثا •

وذكر عن الامام محمد أنه قال سألتني هارون - الرشيد - عن حلف لا يكتب الى فلان فأمر أن يكتب اليه بايما أو اشارة هل يحث ؟ • فقلت : نعم • اذا كان مثلك يا أمير المؤمنين • ويقول السرخسي : وهذا صحيح لان السلطان لا يكتب بنفسه عادة انما يأمر به غيره ومن عادتهم الامر بالاياء والاشارة «٣» •

(١) ج ٨ ص ١٢١

(٢) فتح القدير ج ٤ ص ٤٠٨

(٣) كتاب المبسوط ج ٦ ص ٢٣

وفي « أعلام الموقعين » لابن القيم : مما يتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة موجبات الايمان ... فمن ذلك أن الحالف اذا حلف : لا ركبت دابة وكان في بلد عرفهم في لفظ الدابة : الحمار خاصة اختصت يمينه به ولا يحث بركوب الفرس ولا الجمل • وان كان عرفهم في لفظ الدابة : الفرس خاصة حملت يمينه عليها دون الحمار • وكذلك ان كان الحالف من عادته ركوب نوع خاص من الدواب كالامراء ومن جرى مجراهم • حملت يمينه على ما اعتاده من ركوب الدواب • فيفتى في كل بلد بحسب عرف أهله ويفتى كل أحد بحسب عادته • ثم يقول بعد كلام طويل : فايك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجنى عليه وعلى الشريعة وتسبب اليها ما هي بريئة منه • وتلزم الحالف والمقر والناذر والمعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به • ففقيه النفس يقول : ما أردت • ونصف الفقيه يقول : ما قلت «١» •

ونكتفي بهذا القدر من الامثلة من مسائل الايمان فانها تعطى فكرة واضحة وتدل دلالة صريحة على أن الموعول عليه في أحكام مسائل اليمين انما هو عرف الناس وعاداتهم في ايمانهم • وعلى أن العرف هو المدرك للفقيه وهو المرجع للمفتى في معرفة أحكام جزئياتها • فيعتبر عرف الحالف اذا كان له عرف خاص به كالملوك ومن جرى مجراهم وتحمل يمينه على المتعارف عنده • واذا لم يكن له عرف خاص به يراعى في يمينه عرف أهل بلده وبيئته • ومن هذا واقعة الفتوى للعلامة المحقق الكمال بن الهمام • وهي لو أن بدويا اعتاد أكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها أكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا خبز الشعير • فحلف لا يأكل خبزا فقد أفتى انه ينعقد الحلف على عرف نفسه فيحث بأكل خبز الشعير ولا يحث بأكل خبز الحنطة لانه لم ينعقد على عرف الناس الا اذا كان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا منتف فيمن لم يوافقهم بل هو

مجانب لهم «٢» •

(١) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٤٣ وما بعدها •

(٢) فتح القدير على الهداية ج ٤ ص ٤٠٣

الاحتكام الى العرف في معرفة الاحكام

المسائل الفقهية التي بنيت أحكامها على العرف المألوف بين الناس وعلى التعامل المتعارف بينهم بلغت من الكثرة ما لا يتيسر حصرها وحدها ولا يتيسر استقصاؤها وعدها . وسنذكر بعضا من تلك المسائل التي كان العرف هو المدرك والمستند للفقهاء فيما وضعوا لها من أحكام شرعية سواء كانت موضوعاتها مما تدخل في باب المعاملات أو العقوبات أو مما تنظم في مباحث الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي :

فمن تلك المسائل . ما يدخل في البيع تبعا وما لا يدخل فيه . فالمعول عليه في ذلك انما هو العرف . والقاعدة في ذلك أن كل ما جرى عليه العرف بأنه من مشتملات المبيع فانه يدخل في البيع تبعا بدون ذكره وبغير نص عليه في العقد . فكل ما يتناول اسم المبيع عرفا يدخل في البيع وان لم يتعرض العاقدان لذكره . وما لم يجر العرف والعادة بذلك لا يدخل في البيع الا اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار . والمعتبر في كل إقليم عرف أهله وما جرى به تعاملهم . فيدخل في بيع الدار المطبخ والكيلار ولا يدخل في بيعها الاواني والاثاث .

(ومنها) أن ثمن المبيع اذا كان مطلقا بأن عين مقدار النقد دون وصفه . ووجدت أنواع من النقود مختلفة في المالية والرواج أو مختلفة في أحدهما دون الآخر . انصرف الثمن المطلق الى الأرواج من النقود عملا بالعرف . وتفصيل هذه المسألة : ان الثمن في البيع اذا كان نوعا معينا من النقود كالجنه المصري فالواجب هو المسمى المعين في عقد البيع . وان أطلق الثمن بأن عين قدره دون وصفه كما اذا اشترى شخص دارا بخمسة آلاف جنيه . فان لم يكن في البلد الذي حصل فيه عقد البيع الانوع واحد من الجنهات تعين ثمننا للمبيع . اذ المطلق ينصرف اليه حيث لا يوجد غيره فلا يؤدي الى المنازعة بين المتعاقدين . وان وجدت منه أنواع كالجنه المصري والعثماني والانجليزي . فاما أن تكون الانواع متساوية في المالية والرواج أو مختلفة فيهما أو متساوية في المالية دون الرواج

أو بالعكس • ويفسد البيع في صورة واحدة من هذه الصور • وهى ما اذا كان الاختلاف في المالية دون الرواج اذ لا يمكن حمل الثمن المطلق في هذه الحالة وصرفه الى نوع بعينه دون غيره لما يلزم عليه من ترجيح أحد الانواع المتساوية على الآخر بدون مرجح • فيكون تعيين أحدهما تحكما محضاً • وحيث لا يمكن حمل مطلق الثمن على نوع معين وجدت الجهالة المفضية الى الخلاف والنزاع بين المتعاقدين لان البائع يريد أن يأخذ الاكثر قيمة والمشتري يأبى الا أن يدفع الاقل قيمة • فلا يتحقق المقصود من مشروعية العقد وهو دفع حاجة العاقدین بلا منازعة بينهما • ويكون البيع صحيحاً في الصور الباقية • وهى ما اذا كانت أنواع النقود متساوية في المالية والرواج وفي هذه الصورة يدفع المشتري أى نوع منها • واذا تمسك البائع بنوع معين منها لا يلتفت اليه ويكون تشبهه وتمسكه به مجرد تعنت وعناد لا مبرر له اذ لا فضل ولا مزية لنوع منها على آخر حيث أن الانواع متساوية في المالية والرواج والاختلاف في الاسم لا قيمة له ولا اعتبار به • وما اذا كانت النقود مختلفة في المالية والرواج معا • وما اذا كانت مختلفة في أحدها دون الآخر • ففى هاتين الصورتين يتعين النوع الاروج ثمناً للبيع فيحمل الثمن المطلق عليه بدلالة العرف وفي تبين الحقائق الزيلعى : أن مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد وينصرف الى التعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص «١» •

(ومنها) معرفة العيوب في المبيع وتقديرها • المقرر أن عقد البيع المطلق بدون قيد البراءة من العيوب في المبيع وبلا ذكر أنه معيب يقتضى سلامته وخلوه من العيوب • لان ذلك هو الاصل المتعارف بين الناس وجرى به تعاملهم في عقود البيع • فكأنه اشترط في العقد كون المبيع سالماً من العيوب وخالياً منها • لان المعروف عرفاً كالمشروط لفظاً • فاذا اطلع المشتري بعد قبض المبيع وتسلمه على عيب فيه لم يكن قد رآه عند انشاء العقد أو وقت القبض أو رآه ولم يعلم انه عيب في عرف التجار

وأرباب الخبرة • فله الخيار ان شاء أخذه بكل الثمن وان شاء رده الى بائعه واسترد منه الثمن كاملا غير منقوص • اذا توافرت الشروط التي ذكرها الفقهاء لثبوت خيار العيب للمشتري • وانما ثبت له حق الرد على البائع في هذه الحالة لكي لا يلحقه ضرر بالزامه بأخذ شيء لم يرض به • والمحور الذي تدور عليه العقود على اختلاف أنواعها وتفاوت درجاتها • هذا التراضي بين المتعاقدين • وأيضا فان البائع حيث لم يبين للمشتري مافي المبيع من عيب كان ذلك تغريرا للمشتري وكل بيع فيه غرر وتغريز ممنوع وحرام شرعا • وفي الشرح الكبير : ثبت خيار العيب للمشتري بالعيوب الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع انما صار محلا للعقد باعتبار ضفة المالية فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا • والمرجع في ذلك الى العادة في عرف التجار « ١ » •

والمعول عليه والمرجع في معرفة العيب وتقديره العرف والعادة • فكل ما أوجب نقصان القيمة في عرف أهل الخبرة من التجار وأرباب الصناعات اذا كان المبيع من المصنوعات • فهو عيب يرد به المبيع الى بائعه • فعيوب المجوهرات يعرفها الصياغ الخبراء • وعيوب أسلحة الحرب وعددها على اختلاف أجناسها وأنواعها • انما يعرفها ويقدرها أهل الخبرة بها من صناعاتها وتجارها ورجال الحرب الفنيون في الاسلحة والالات الحربية • وخبراء القطن هم الذين يعرفون عيوب القطن ويقدرونها • وهكذا في كل مبيع يرجع في معرفة ما فيه من عيب الى الخبراء فيه • فاذا ما قرروا أن بالمبيع عيبا يستوجب نقص الثمن في عرف الناس وتعاملهم يثبت للمشتري حق رده الى البائع واسترداد ما دفعه اليه من الثمن •

واذا كان المبيع من الحبوب كالقمح والشعير والسمسم ووجد المشتري بعض المبيع فاسدا غير صالح • فان كان الفاسد لا يستكثر في العادة والعرف فالبيع صحيح لازم ولا يكون للمشتري حق رده الى البائع اذ قلما تخلو هذه الاشياء عن كون بعضها غير صالح فلا يمكن الاحتراز عن ذلك فمرد

الامر ومرجه فيما يعد قليلا أو كثيرا من التراب في الجيوب أو الفاسد من البيض والجوز هو العرف .

واذا لم يبين في عقد البيع أن الثمن مؤجل أو معجل انعقد البيع على أن الثمن معجل فيجب دفع الثمن في الحال . لأن مقتضى العقد المطلق الذي لم يشترط فيه تأجيل الثمن أن يكون الثمن معجلا حيث ان المشتري استوفى حقه في قبض المبيع وتسلمه فيستوفى البائع حقه في أخذ الثمن . هذا اذا لم يوجد عرف للعاقدين يقضى بتأجيل كل الثمن أو بعضه الى أجل معلوم . وأما اذا كان العرف جاريا على تأجيل كل الثمن أو تأجيل بعضه فانه يعمل بموجب العرف والعادة في ذلك « ١ » .

وقد ذكر القرافي في « الفروق » عند بيانه الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفا وقاعدة ما لا يتبعه . جملة من العقود التي تتأثر بالعرف ومقدار أثره في الفاضل . وبين أن عقد الشركة يحمل على المناصفة حيث كان مطلقا . وان في بيع الارض تدخل الاشجار والبناء . وفي بيع الدار تدخل الابواب والرفوف والسلالم وما هو من مصالحها ومراقفها . وفي بيع المرابحة والوضعية يحسب من أصل الثمن كل صنعة قائمة كالصبغ والخياطة والتطريز اذا كان ما يراد بيعه مرابحة ثوبا . ثم قال بعد ذكره هذه المسائل وغيرها : وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العادات . فجميع هذه المسائل وهذه الابواب التي سردتها مبنية على العادات غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس وما عداها مدركة العرف والعادة . فاذا تغيرت أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك . بل تتبع الفتاوى هذه العادات كيف تقلبت كما تتبع النقود في كل عصر وحين . وتعيين المنفعة من الاعيان المستأجرة اذا سكت عنها تنصرف بالعادة للمنفعة المقصودة منها

عادة «١» .

(ومنها) تقدير النفقة . فقد أوجب الكتاب والسنة نفقة الزوجة على زوجها . وترك أمر تقديرها في الحوادث الجزئية والوقائع الفردية الى المتعارف بين الناس والمألوف لديهم في النفقات . لان النصوص الشرعية التي أثبتت وجوب النفقة الزوجية على الزوج كقوله تعالى : والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف «٢» . وقوله عليه الصلاة والسلام : اتقوا الله في النساء فانكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . رواه الامام مسلم في صحيحه . وردت مطلقة من غير تقييد فلم تتعرض لبيان مقدارها ولا كيفية تقديرها . فيرشد ذلك الى أن تقدير النفقة الزوجية في كل واقعة بما يناسب حال الزوجين يسرا وعسرا وتوسطا بينهما أو بما يناسب حال الزوج فيما ذكر على اختلاف الفقهاء فيمن تراعى حاله عند تقدير النفقة الزوجية . متروكة الى العرف بين الناس . فتقدير النفقة يراعى فيه المتعارف بين الناس في الاتفاق على أهليهم . وهذا يختلف باختلاف الاشخاص والازمان والاماكن .

وقد نص فقهاء الحنفية على أن النفقة واجبة بطريق الكفاية . وماوجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه . لانه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الاوقات والاماكن . فيقدر بالمعروف بين الناس وهو القدر الذي عرف بالعادة انه الكفاية «٣» . وفي كتاب المغنى لابن قدامة الحنبلي: ان الشرع ورد بالاتفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير . فوجب أن يرد الى العرف «٤» وفي الشرح الكبير على متن المقنع : والصحيح رد النفقة المطلقة في الشرع الى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق المومر والمعرس والمتوسط «٥» ويقول الكمال بن الهمام في باب النفقة من كتابه

(١) ج ٣ ص ٨٨-٨٧ (٢) البقرة الايترقم ٢٣٣ (٣) المبسوط ج ٥ ص ١٨٢

(٤) ج ٩ ص ٢٣٢ (٥) ج ٩ ص ٢٣٤

« فتح القدير على الهداية » : والحاصل أن على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار «١» وفي « أحكام القرآن » لابن العربي : قول الله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته . يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعا . وانما تقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحال من المنفق عليه . فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة . ثم يقول : قد بينا أن الاتفاق ليس له تقدير شرعا وانما أحاله سبحانه وتعالى على العادة . وهى دليل أصولى بنى الله عليه الاحكام وربط به الحلال والحرام «٢» .

ثم ان اليسار والاعسار مما يختلف باختلاف البلاد فقد يعد رجل في بلد ذا يسار . ولا يعد كذلك في بلد آخر . ولم يصرح الفقهاء ببيان اليسار والاعسار في باب النفقة الزوجية . وربما تركوا تقديرهما الى العرف . وفي « رد المحتار » : صرحوا ببيان اليسار والاعسار في نفقة الاقارب ولم أر من عرفهما في نفقة الزوجة . ولعلمهم وكلوا ذلك الى العرف «٣» .

(ومنها) الكفاءة في الزواج فان المناط فيما تعتبر فيه الكفاءة بين الزوجين انما هو العرف وكذا اعتبارها من جهة الزوج دون الزوجة (الا فيما استثنى من الحالات التى تعتبر فيها الكفاءة أيضا من جانب الزوجة) فان مدار ذلك كله العرف كما هو صريح أقوال الفقهاء على الوجه الذى سلف بيانه .

(ومنها) اذا اختلف الزوجان في أثاث المنزل الذى يسكنان فيه سواء كان المنزل ملكا لهما أو لاحدهما أو ليس ملكا لاحدهما . فادعى الزوج أن متاع البيت ملكه . وادعت الزوجة أنه ملكها . ولا بينة ولا اثبات لاحدهما على مايدعيه . فانه يرجع الى العرف فمن شهد له العرف يقضى

له مع يمينه لأن الظاهر يؤيده بشهادة العرف فما يصلح من الاثاث للرجال عرفا كالثياب الخاصة بالرجال وكادوات العيادة أو آلات الرسم والزوج طيب أو مهندس يكون القول قوله مع يمينه لأن العرف يشهد له فيحكم له بذلك . وما يصلح للنساء فقط كالحلى وأدوات زينة النساء والثياب الخاصة بهن يحكم لها بذلك بدلالة العرف والعادة . وأما اذا كانت أعيان أثاث البيت مما يصلح للرجال والنساء كالاواني والكراسي والسرر والابسطة وغير ذلك من الاشياء الصالحة للرجال والنساء . فقد اختلف فقهاء الحنفية فيمن يكون له القول في ذلك . فرأى الطرفان أن القول للزوج بيمينه لأن المسكن مسكنه . وكل ما فيه تحت يده المتصرفه وهذا ظاهر يؤيده ويشهد له فيحكم له بالاشياء الصالحة لهما . ورأى أبى يوسف أن القول للمرأة في مقدار ما يجهز به مثلها عادة من هذه الاعيان الصالحة لهما عملا بالعرف والعادة اذ العرف الجارى بين الناس في الاعم الاغلب من الحالات لا تنتقل الزوجة الى مسكن الزوجية بدون جهاز . وأما ما زاد عن مقدار ما تجهز به في العادة فيكون القول فيه للزوج عملا باليد المتصرفه . ورأى أبى يوسف في هذه المسألة جدير بالاعتبار تؤيده العادة المستمرة بين الناس في أن الزوجة لا تزف الى زوجها ولا تدخل بيت الزوج خالية الوفاض عما جرت العادة بتجهيز أمثالها . وأبو يوسف شيخ القضاة في عصره وقد خبر أحوال الناس وعاداتهم ومارس من أعمال القضاء والقصل في المنازعات والخصومات ما يجعل لرأيه في أمثال هذه المسألة المكان الاول من الاعتبار . وفي الفروق للقرافي عند الكلام في الفرق الستين والمائة : قال مالك في المدونة اذا اختلعا وهما زوجان أو عند الطلاق . أو الورثة بعد الموت . قضى للمرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال . وما يصلح لهما قضى به للرجل لأن البيت بيته في مجرى العادة فهو تحت يده «١» وفي تبصرة الاحكام لابن فرحون المالكي في باب القضاء بالعرف والعادة : ومن

ذلك اختلاف الزوجين في متاع البيت وهما في الفصصة أو بعد طلاق أو موت فإن الحكم في ذلك أن يقضى للمرأة بما يعرف للنساء وللرجل بما يعرف للرجال . . . وبعد أن عدد أشياء تصلح للنساء فقط وللرجال فقط . قال : وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر للنساء ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه متاع النساء بالنسبة لقوم . ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين كالنحاس المصنوع في تونس ببلاد المغرب فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الاندلس ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضرة « أ » .

(ومنها) إذا جهز الأب بنته من ماله وزفت إلى زوجها بالجهاز الذي قام به الأب . ثم اختلفا في هذا الجهاز فادعى الأب أو ورثته بعد وفاته أن أعيان الجهاز كلها أو بعضها سلمها إليها بطريق العارية لا الهبة والتملك فيحق له أن يستردها منها في أى وقت وطالبها بردها إليه . وادعت أنه دفع الجهاز إليها تمليكاً وهبة فلا يصح له أن يسترده منها لأن القرابة المحرمة مانعة من الرجوع في الهبة . فالقول لمن يشهد له العرف في ذلك يمينه عند عدم وجود بينة لأحدهما على ما يدعيه فإن جرى العرف والعادة بين الناس بأن الأب يفعل ذلك هبة وتمليكا حكم لها بدعواها عملاً بالعرف وإن جرى العرف بأن الأب يجهز بنته بطريق الاعارة لا التملك فالقول له يمينه لأن العرف يؤيده ويشهد له . وفي رسالة « نشر العرف » : والعرف السائد أن الأب إذا جهز بنته فإنه يدفع لها تمليكاً . وكون الدفع عارية نادر في الأوساط .

(ومنها) لو قدم الزوج لزوجته شيئاً بعد الزواج . ثم تنازعا فادعى أن ما قدمه إليها من المهر . وادعت أنه هدية . ولم يكن لأحدهما إثبات

على ما يدعيه . فانه يرجع الى العرف في هذه الحالة ويجعل حكما للفصل بين المتنازعين ويكون القول لمن يشهد له العرف يمينه . فان كان العرف يعتبر ما أعطاه لها من المهر قضي للزوج . وان كان العرف جاريا على أن ما قدمه اليها يعتبر هدية حكم لها بدعواها . وان لم يوجد عرف أو كان العرف مشتركا لا يشهد لاحدهما . فالقول للزوج يمينه لان جهة الاعطاء تعلم منه لكونه هو الذي أعطى الشيء المتنازع فيه فهو أدري بصفة الاعطاء .

(ومنها) اذا اختلف الخاطب مع مخطوبته بعد العدول عن الخطبة سواء كان العدول عنها من جهته أو من جهتها فيما كان قدمه اليها أثناء الخطبة هل ما قدمه اليها هدية أم من المهر . فادعى أنه من المهر ليتسنى له في كل الاحوال أن يسترده منها بعينه ان كان قائما أو يرجع عليها بمثله أو قيمته ان كان هالكا أو مستهلكا . وادعت هي أنه هدية حتى لا يرجع عليها بشيء ان وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة حيث ان الهدية كالهبة في الحكم من حيث جواز الرجوع وعدم الرجوع فيها . فالقول لمن يؤيده العرف بين الناس مع يمينه . وان لم يوجد عرف فالقول قوله يمينه الا اذا كان ما قدمه اليها يستنكر في العرف والمادة أن يكون مهرا مثل فاكهة أو طعام مجهز للاكل فيكون القول لها مع يمينها حيث ان الظاهر في هذه الحالة ان ما أعطاه لها يعد هدية لا مهرا .

(ومنها) اذا اختلف الزوجان في المعجل والمؤجل من الصداق ولم يوجد في عقد الزواج نص على ذلك فانه يحكم بمقتضى العرف السائد بين الناس في مقدار المعجل من المهر والمؤجل منه لان المتعارف عرفا كالمشروط نصا . والعرف في بعض البلاد المصرية جار على تعجيل نصف المهر وعلى تأجيل نصفه الاخر لاقرب الاجلين الطلاق والموت وفي بعضها العرف جار على تعجيل الثلثين من المهر وتأجيل الثلث لاقرب الاجلين .

(ومنها) تقدير النعمة التي توصل بها الزوجة بعد القرعة كتعويض لها

عما أصابها من الاذى والضرر بسبب الفرقة التي لادخل لها فيها حيث لا يجب لها شيء من المهر . فان المدار في تقديرها هو العرف لان النص الذي أوجب المتعة ورد مطلقا بدون تقدير ومن غير تخصيص على مقدارها فوجب المصير الى عرف الناس في ذلك . قال تعالى : لاجتراح عليكم ان تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة . ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف ^(١) . ولم يرد في الشرع مقدار معين للمتعة . فالمعتبر فيها عرف كل بلدة ، ولذا صرح الفقهاء بأن المتعة عبارة عن الكسوة الكاملة التي تلبسها المرأة عند الخروج حسب عرف بلدها . ويقول حجة الاسلام أبو بكر الرازي الشهير بالخصاص المتوفى سنة ٣٧٠ هجرية في كتابه القيم « أحكام القرآن » : ولم يقدر أصحابنا لها - المتعة - مقدارا معلوما لا يتجاوز به ولا يقصر عنه وقالوا هي - المتعة - على قدر المتعارف في كل وقت . ويقول عند تفسيره قول الله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف » : واثبات المقدار على اعتبار حاله - الزوج - في الاعسار واليسار طريقه الاجتهاد وغالب الظن ويختلف ذلك في الازمان أيضا . لان الله تعالى شرط في مقدارها - المتعة - شيئين أحدهما اعتبارها بيسار الرجل واعساره والثاني أن يكون بالمعروف مع ذلك . فوجب اعتبار المعنيين في ذلك . وإذا كان كذلك وكان المعروف منهما موقوفا على عادات الناس فيهما والعادات قد تختلف وتتغير ووجب بذلك مراعاة العادات في الازمان . وذلك أصل في جواز الاجتهاد في أحكام الحوادث ^(٢) .

(ومنها) تحديد آلة القتل . فان الشارع لم يحدد للقتل الموجب للخصاص ولا لغيره من أنواع القتل آلة مخصوصة كما لم يبين الشارع كيفية مخصوصة للقتل الذي يوجب الخصاص والذي لا يوجبه .

(١) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة (٢) ج ١ ص ٤٣٣ وما بعدها .

بل اكتفى الشارع بوصف القتل الموجب للقصاص بكونه عمدا عدوانا . وترك تقدير آلة القتل وتحديدھا للعرف لأن وسائل القتل وطرق ارتكابه تختلف باختلاف الأشخاص والازمنة والامكنة . فلو حدد الشارع آلة القتل لنجا كثير من المجرمين القتلة من العقاب ولفات التحكمة من مشروعية القصاص . قال تعالى : ولكم في القصاص حياة يا أولى الاباب «١» لأن الانسان يتكر أساليب جديدة لم تكن معهودة ويتدع طرقا حديثة لم تكن معلومة في ارتكاب جريمة القتل . ولهذا ذهب جمهور الفقهاء الى أن القتل العمد العدوان بكل ما من شأنه ازهاق الروح عادة يوجب القصاص من القاتل سواء كان القتل بطريق المباشرة أو التسبب وبآلة محددة أو غير محددة . وأوجبوا القود في القتل بالسلاح وغيره كالخنق والتفريق والحبس عن الطعام والشراب حتى يموت جوعا وعطشا وقالوا بالقصاص ممن شهد زورا أمام القضاء بما يوجب القتل وأدت شهادته الى قتل المشهود عليه .

(ومنها) تقدير الغبن الفاحش والغبن اليسير . اذ لم يرد من الشرع نص في تقديرهما وتحديدهما فيؤخذ من ذلك أنه رد أمر تقديرهما الى عرف الناس . وفي الشرح الكبير على متن المقنع : ولاتجديد للغبن في المنصوص عن احمد . وحدده بعضهم بالثلث وهو قول مالك لقول النبي : والثلث كثير . وقيل السدس . والاولى تحديده بما لايتباين الناس به عادة لأن ما لم يرد الشرع بتحديده يرجع فيه الى العرف «٢» . ولفقهاء الحنفية عدة أقوال في تقدير الغبن الفاحش والغبن اليسير وأحسنها أن الغبن اليسير مايدخل تحت تقويم المقومين من أهل الخبرة والغبن الفاحش ما ليس كذلك وأهل الخبرة عند تقويمهم وتقديرهم قيمة الشيء يراعون العرف وعادة التجار في ثمين الشيء وتقدير قيمته .

(ومنها) ما يتحقق به الاكراه . والاكراه بنوعيه الملجئ وغير الملجئ

يعدم الرضا من المكره • والرضا شرط لصحة العقود والتصرفات فتفسد عند فواته لان الملاحظ من جهة الشارع في صحة العقد وانعقاده حصول التراضي من المتعاقدين قال تعالى : يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم «١» • قال عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه • وما يتحقق به الاكراه كالضرب والجس يختلف باختلاف أحوال الناس • فمنهم من لا يتضرر عادة الا بالضرب الشديد والجس المديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء لان ذلك يعتبره العرف هوأنا بالنسبة له ولا يعتبره كذلك بالنسبة لغيره فالوجيه الذي يضع من جاهه ومكاته الاجتماعية جس ساعة أو ضربة سوط يثبت بذلك في حقه الاكراه والذي لا يبالى بذلك لا يثبت في حقه الاكراه «٢» •

(ومنها) الحرز • اخراج السارق المسروق من الحرز شرط لقطع يده عند عامة أهل العلم والحرز في اللغة العربية الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا أنه بقيد المالية أى المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه «٣» وحرز كل شيء ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرّة بالحق والصندوق والغنم بالحظيرة • فلو سرق دابة من اصطبل قطعت يد السارق ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم تقطع • واذا سرق شاة من الحظيرة تقطع ولو كان فيها ثوب فسرقة لم تقطع «٤» • وفي فتح القدير : الحرز ماعد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت شرعا من غير تخصيص على بياانه فيعلم به أنه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك «٥» ويقول الماوردي في

(١) الآية ٢٩ من سورة النساء

(٢) راجع المبسوط ج ٢٤ ص ٥٢ وتبيين الحقائق ج ٥ ص ١٨٢

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ١٤٢

(٤) العناية على الهداية ٥ ص ١٣٧

(٥) ج ٥ ص ١٤٢

كتابه « الاحكام السلطانية » : والأحراز عند الشافعي تختلف باختلاف الاموال اعتبارا بالعرف فيها فيخف الحرز فيما قلت قيمته من الخشب والحطب ويغلظ ويشدد فيما كثرت قيمته من الذهب والفضة فلا يجعل حرز الحطب حرزا للفضة والذهب فيقطع سارق الخشب منه ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه « ١ » .

(ومنها) العقوبات غير المقدرة من الشارع وهي المسمى فقها بالتعزير وليبان ذلك بقول ان العقوبات في التشريع الاسلامي نوعان (١) عقوبات مقدرة من الشارع نص عليها الكتاب أو السنة وهي القصاص سواء كان في النفس أو في أعضاء الجسم والحدود : حد الشرب وحد الزنا وحد القذف . (ب) عقوبات غير مقدرة من الشارع بل فوض الامر في تقديرها لاولى الامر بحسب نوع الجريمة وظروفها المحيطة بها من حيث مكانها وزمانها ومرتكبها والمجنى عليه وضررها على الافراد والجماعات وغير ذلك من الاحوال والملابسات المحيطة بالجناية وقت ارتكابها . وهذا النوع ما اصطلح عليه فقهاء الاسلام على تسميته بالتعزير .

نص الكتاب أو السنة على أنواع معينة من الجرائم وبينت نصوصهما عقوبات تلك الجرائم وهي جرائم الاعتداء على النفس بالقتل أو بما دونه كجرح بعض أعضاء جسم الانسان أو قطعها . وعلى المال بالسرقة وعلى العرض بالزنا أو القذف . وعلى الدين بالردة . وعلى العقل بالسكر . وعلى الامن والنظام العام بالبغي والعدوان والسعي في الارض بالفساد والافساد . وقد غنيت الشريعة الاسلامية أشد العناية بهذه الانواع من الجرائم لخطورتها وعظم أثرها في المجتمع الانساني أفرادا وجماعات . لانها متصلة اتصالا وثيقا بالمقاصد الضرورية التي تهدف الشريعة الاسلامية الى حفظها وصيانتها . وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل لان تكاليف الشريعة ترجع الى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد

لا تتمد وثلاثة أقسام أحدها أن تكون ضرورية والثاني أن تكون حاجية والثالث أن تكون تحسينية وأن المقاصد الضرورية خمسة أمور وهي حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل «١» .

ولا يخفى ما يترتب على هذه الجرائم التي بينت نصوص الكتاب والسنة عقوباتها من الشرور والاضرار التي تلحق الافراد والجماعة البشرية وما يتركها من الاثام والاثار السيئة في حقوق الانسان الشخصية والاجتماعية . بما تحدثه من الاضطراب والاخلال بالامن والنظام واشاعة الفساد والقوضى ونشر القلق والذعر والهلع بين الناس حيث لا يأمنون على أرواحهم وأموالهم وأعراضهم وأنسابهم . فيعيشون في جو مضطرب لا امن فيه ولا اطمئنان وفي بحر متلاطم الامواج لا قرار فيه من القلق والقوضى . ولما كانت الشريعة الاسلامية معنية أشد العناية باستتباب الامن والنظام والهدوء والاطمئنان . وحريصة أشد الحرص على صيانة الاموال والارواح وحماية الاعراض والانساب والمحافظة على العقول . فانها شرعت عقوبات رادعة لهذه الجرائم . نص عليها الكتاب أو السنة . وهذه الاحكام الجزائية كهيئة بحفظ المجتمع البشري من التدهور في مهاوى الهلاك والانحلال وكهيئة بردع النفوس الباغية الطاغية وزجرها واتعاط الغير فيجتنب فعل تلك الموبقات ويتعد من التفكير في ارتكاب تلك المحرمات من الجرائم .

وقد فصل الفقهاء هذه الجرائم وبينوا العقوبات المترتبة عليها بما لا مزيد عليه كما هو مدون في كتب المذاهب الفقهية الاسلامية مع ذكر النصوص الشرعية المتعلقة بها وهي مشهورة ومعروفة لا تحتاج الى ذكر وبيان .

وأما الذنوب والجرائم التي لم يتعرض لها التشريع الاسلامي ولم يرد في بيانها ولا في أحكامها نص من الكتاب والسنة . فقد فوض الشارع لأولى الامر في تقدير العقوبات عليها . حيث انها تختلف وتختلف أحكامها

بحسب الازمنة والامكنة والمصلحة والبيئات المختلفة في الجماعات البشرية وبحسب عرف الناس وعاداتهم فيما يوجب التعزيز وما لا يوجبه وفي مقدار التعزيز ونوعه . يقول ابن القيم في كتابه « اغاثة اللهفان » : الاحكام نوعان نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الازمنة ولا الامكنة ولا اجتهد الائمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك . فهذا لا يتطرق اليه تغير ولا اجتهد مخالف لما وضع عليه . والنوع الثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا أو حالا كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها . فان الشارع ينوع فيها بحسب المصلحة . ثم بعد أن عد ابن القيم في كتابه المذكور طائفة من تعزيرات النبي صلى الله عليه وسلم وتعزيرات الصحابة من بعده . قال : فكان عمر رضي الله عنه يعلق الرأس وينفي ويضرب ويحرق حوانيت الخمارين والقرية التي تباع فيها الخمر . وحرق قصر سعد (بن أبي وقاص) بالكوفة لما احتجب عن الرعية (وصار يحكم في داره) . وقال : كان لعمر رضي الله عنه في التعزير اجتهد وافقه عليه الصحابة لكمال نصحه ووفور علمه وحسن اختياره للامة . وحدث . أسباب اقتضت تعزيره لهم بما يردعهم لم يكن مثلهما في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم . أو كانت ولكن زاد الناس عليها أو بالفوا فيها . فمن ذلك انهم لما زادوا في شرب الخمر وتتابعوا فيه وكان قليلا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جعله عمر ثمانين وقى فيه . ومن ذلك اتخاذه دارا للسجن . ومن ذلك ضربه للنوائح حتى بدا شعرها . وهذا باب واسع اشتبه فيه على كثير من الناس الاحكام التي لا تتغير بالتعزيرات التابعة للمصالح وجودا وعدما « ١ » ا هـ .

وفي كتاب « معين الحكام » عند بيان بعض التعزيرات التي نقلت عن الرسول والصحابة : ومنها مصادرة عمر عماله بأخذ شطر أمواله قسمها بينهم وبين المسلمين « ٢ » ا هـ . فعمد بن الخطاب رضي الله عنه الذي ورد بشأنه

(١) كتاب « اغاثة اللهفان من مكاييد الشيطان » ج ١ ص ٢٢٠ وما بعدها .

(٢) الكتاب المذكور ص ١٩٠

الحديث الشريف : جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه • يعتبر أول من وضع قانون الكسب غير المشروع - من أين لك هذا؟ - الذي كثر حوله الكلام والنقاش في العهد الأخير • فقد كان يتخير عماله في الاقاليم وحكام ولايات الدولة الاسلامية بعد البحث والتقصي عنهم بما عرف عنه من الدقة وحسن التقدير • ويحاسبهم عن كل صغيرة وكبيرة من أعمالهم ويتتبع أحوالهم في الرعية وتصرفاتهم في شئون الرعية • فاذا ماتين له أن أحدهم استغل وظيفته لمنفعته الشخصية • أو أساء استعمال سلطته أو اتخذ منصبه لكسب غير مشروع أو لمحاباة أحد في الحق والعدالة • أو ظهرت عليه آثار النعمة وأمارات الاثراء التي لا تناسب مع حاله قبل توليه امانة الناس ولا تتفق وما يأخذ من الاجر نظير عمله • فانه كان يحاسبه حساباً عسيراً ويحقق معه عن موارد ثروته • فاذا ظهر له أنه استغل منصب الدولة الذي تولاها لكسب غير مشروع فانه كان يصادر أمواله ويقسمها بينه وبين المسلمين •

ويقول القرافي في كتابه « الفروق » عند ذكره الفروق بين الحد والتعزير مانصه : ان التعزير يختلف باختلاف الاعصار والامصار فرب تعزير في بلد يكون اكراما في بلد آخر كقلم الطيلسان بمصر تعزير وفي الشام اكرام • وككشف الرأس عند الاندلس ليس هوانا وبالعراق ومصر هوان «١» والعرف بمصر في عصرنا الحاضر أصبح لا يعد كشف الرأس هوانا وقد كان العرف من عهد غير بعيد يعتبر كشف الرأس هوانا كما قال القرافي •

فالقاضي عندما يقدر عقوبة التعزير يجب عليه أن يراعى عرف الناس وعاداتهم فيما يعد زجرا وردعا وتأديبا وتهذيبا للاخلاق • لان هذا يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص كما يجب عليه أن يراعى ويقدر مبلغ الجناية من حيث عظمها وصغرها وخطورتها وضررها بالافراد أو بالمجتمع

وأن يلاحظ حال الجاني من حيث ما يكون زجرا وردعا له فإن الناس يختلفون في هذا اختلافا كبيرا . فبعضهم يكفي في ردعهم وزجرهم واصلاح حالهم التوبيخ والتبكيث والكلام العنيف . وبعضهم لا يرتدعون الا بالضرب والحبس وفي « فتح القدير على الهداية » : عن السرخسي أنه ليس فيه - في التعزير - شيء مقرر بل مفوض الى رأى القاضى . لان المقصود منه الزجر . وأحوال الناس مختلفة فيه . فمنهم من ينزجر بالصيحة . ومنهم من يحتاج الى اللطمة والى الضرب . ومنهم من يحتاج الى الحبس . وفي الشافى : التعزير على مراتب . تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضى : بلغنى أنك تفعل كذا وكذا فينزجر به . وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضى والخصومة في ذلك . وتعزير الاوساط وهم السوق بالجر والحبس . وتعزير الاخسة بهذا كله وبالضرب « ١ » .

وفي منح الشريعة الاسلامية السلطة لأولى الامر في فرض عقوبات ووضع أحكام للجرائم التى لم يعينها الشارع ولم يحددها . وتقويضها الامر للحاكم في تقدير تلك العقوبات بدون تقييد بشيء . عدا رعاية المصلحة ودفع المفسدة . وعدا أن يكون رائده الزجر والردع وغايته الاصلاح والتأديب . مع مراعاة ذات الجريمة من حيث عظمها وصغرها وما يحيط بالجناية من الظروف ويتصل بها من حال الجاني والمجنى عليه . لا كبر شاهد وأقوى برهان على أن الفقه الاسلامي يساير الزمن وسنة التطور في التشريع ويتمشى مع مقتضيات طبيعة الكون ونظام الحياة من التقدم في الحضارة والمدنية وما يستتبع ذلك من كثرة الحوادث الجزئية المتجددة بتجدد مطالب الانسان وازديادها كلما تقدم البشر . كما سارت الادوار المختلفة التى مرت بالامم والشعوب الاسلامية ودولها وحكوماتها على اختلاف أنظمتها وتفاوت درجاتها في الحضارة والمدنية . ولكون الفقه

الاسلامى يسترسل على الحوادث المتجددة والوقائع غير المنتهية فى كل زمان ومكان بدون تحديد ولا نهاية • كانت الشريعة الاسلامية خالدة أبدية الى يوم القيامة • وعامة لكافة الامم والشعوب على وجه البسيطة وصدق القول بأنها اكمل الاديان وخاتمة الشرائع السماوية •

وهذا المنهج الذى سلكته الشريعة الاسلامية فى تقدير العقوبات بالنسبة لبعض الجرائم المعينة بالنصوص من الكتاب والسنة لان الشرع الاسلامى يهدف الى دوام هذه الاحكام العقابية ويريدها مستمرة دائمة غير قابلة للتبديل والتغيير مهما اختلفت الازمنة والامكنة والاشخاص لانها بنيت على أسباب لا تتبدل ولا تتغير مهما كانت الظروف ومهما تغيرت الازمان والاماكن • ومهما تنوعت ألوان الحياة وصورها • ومنحها السلطة للمحاكم فى فرض العقوبات وتقديرها بالنسبة للجرائم التى لم تتعرض لها الشريعة الاسلامية لانها قابلة للتغير والاختلاف حسب الاحوال والظروف • هو الطريق المثلى المتفق مع خلود الشريعة الاسلامية وعمومها وصلاحياتها للأفراد والجماعات فى كل زمان ومكان وتطبيق قواعدها وأصولها العامة على الحوادث الفردية والوقائع الجزئية •

ونرى أن تتناول هذا الموضوع بشئ من البيان والتوضيح بقدر مايسمح به المقام دون أن نبتعد عما نحن بصده ولا عن الغاية التى نهدف اليها فى هذا المقال • فنقول ان الاحكام التى نجاءت بها الشريعة الاسلامية منها مايتعلق بالعبادات وهذا النوع من الاحكام لامجال للعقل والرأى فى معرفته وتقديره • فالوسيلة الوحيدة للعلم به هو النص من الشارع اجمالا وتفصيلا • لان المقصود من العبادات الاقياد لاوامر الله تعالى وافراده بالخضوع والتعظيم والتوجه اليه والامتثال له بدون التفات الى المعانى ولانظر الى المصالح فيها «١» • ثم ان العبادات حق خاص بالشارع سبحانه وتعالى ولايمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً • الا من

جهته فلا مناص حينئذ من التزام الحدود التي بينها الشارع • وإتباع
الأوضاع التي تواضع عليها الشارع في عبادته • فيلزم الوقوف مع
المنصوص عليه وإن لا يتجاوز الحد المرسوم لعباده • ولهذا عذر أهل
الفترات في عدم اهتدائهم • قال تعالى : « وما كنا معذنين حتى نبعث
رسولا » (١) وقال تعالى : « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس
على الله حجة بعد الرسل » (٢) (ومنها) ما يتعلق بالمعاملات بين العباد
بعضهم مع بعض في كافة الشؤون الدنيوية أفرادا وجماعات • والأصل
الغالب في هذا النوع من الأحكام • الالتفات إلى المعاني ومراعاة جلب
المصالح للمكلفين ودفع المفاسد عنهم • فتدور أحكام المعاملات مع ماذكر
وجودا وعدما • ولذلك نجد الشارع قد توسع في بيان العلل والحكم فيما
شرعه من الأحكام في باب المعاملات • فيقول سبحانه وتعالى في كتابه
العزیز : فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها لكي لا يكون على المؤمنين
حرج في أزواج ادعيائهم » (٣) ويقول : إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم
العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل
أنتم متبهون » (٤) ويقول : ولكم في القصص حياة يا أولى الألباب » (٥)
ويقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به
عدو الله وعدوكم » (٦) ويقول : ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله
والرسل ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كي لا يكون
دولة بين الأغنياء منكم » (٧) ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام في
الهمزة : إنما ليست نجسة إنما من الطوافين عليكم والطوافات • ويقول
صلى الله عليه وسلم : لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة
أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم • وغير ذلك
من النصوص الشرعية التي لا تعد كثرة • ويقول العزيز عبد
السلام في كتابه « القواعد » (٨) : إن أجمع آية في القرآن للحث على

(١) الأسراء رقم ١٥ (٢) النساء رقم ١٥٦ (٣) الأحزاب الآية ٣٧

(٤) المائدة رقم ٦١ (٦) الأنفال رقم ٦٠ (٧) سورة الحشر رقم ٧

(٨) ج ٢ ص ١٦١

المصالح كلها والزجر عن المفساد باسمها قول الله تعالى : ان الله يأمر بالعدل والاحسان وابتاء ذوى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون «١» ويقول فى بيان ذلك ان الالف واللام فى العدل والاحسان للعموم والاستغراق فلا يبقى من دق العدل وجهه شئ الا اندرج فى قوله تعالى : ان الله يأمر بالعدل . ولا يبقى من دق الاحسان وجهه الا اندرج فى أمره بالاحسان . والعدل هو التسوية والانصاف . والاحسان اما جلب مصلحة أو دفع مفسدة . وكذلك الالف واللام فى الفحشاء والمنكر والبغى عامة مستغرقة لانواع الفواحش ولما يذكر من الاقوال والاعمال .

وهذه النصوص من الكتاب والسنة تشير بل تصرح باعتبار المصالح للعباد وان الاذن دائر معها أينما دارت فيما شرع من أحكام المعاملات . فيؤخذ من هذا المنهج فى التشريع أن الشارع قصد فيها اتباع المعانى لا الوقوف مع النصوص بخلاف باب العبادات فان المعلوم فيها خلاف ذلك «٢» . فاذا ما وجد فى أحكام المعاملات التبعية فهو خلاف الاصل فيها . كعدد الاشهر فى عدة الطلاق وعدة الوفاة . ومقادير الحدود كمائة جلدة فى الزنا . ومقادير الانصبه فى الزكاة وما أشبه ذلك . وهذه الاحكام التبعية فى باب المعاملات مع كونها خلاف الاصل فانها قليلة بالنسبة لغيرها من أحكام المعاملات .

ثم ان منهج الشريعة الاسلامية فى هذا النوع من الاحكام وهى المتعلقة بالمعاملات . الاجمال لا التفصيل . حيث يضع الشارع القواعد والاصول العامة . ويشير الى المقاصد الكلية فى التشريع . ولا يعنى الشرع بالجزئيات والتفصيلات . بل نجده يترك ذلك للاجتهاد والاستنباط . فيقول الشارع : أحل الله البيع وحرم الربا ، بدون تعرض لتفاصيل البيع ولا لبيان أنواعه ومن غير تتبع لتفريعات وأحكام جزئية تفصيلية . ومثل هذا يقال فى تحريمه

(١) سورة النحل رقم ٩٠

(٢) يراجع الموافقات ج ٢ ص ٢١٢ وما بعدها .

الربا • ويقول الشارع : البينة على المدعى واليمين على من أنكر بدون تعرض لتفصيلات التقاضي وطرق رفع الدعاوى وكيفية المرافعة والمخاصمة • وأشار القرآن الى الأساس الذي تبنى عليه المبادلات المالية وهو قول الله تعالى : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم «١» وبين الاصل العام لنظام الحكم وهو الشورى حيث أمر الله نبيه المعصوم الذي لا ينطق عن الهوى بأن يشاور الصحابة أى الامة فى أمرها بقوله تعالى « وشاورهم فى الامر » «٢» وقد وصف الله تعالى المسلمين فى سورة من سور القرآن سميت سورة الشورى بأن أمرهم شورى بينهم حيث قال تعالى فى وصفهم : والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ومما رزقناهم ينفقون «٣» فكان دستور السياسة العامة وأساس الحكم فى عهد الرسول عليه الصلاة والسلام وفى عهد الخلفاء الراشدين الشورى بين كبار رجال الدولة من المهاجرين والانصار • اذ كان النبی صلى الله عليه وسلم يستشير صحابته فى الشئون الدنيوية العامة ولم يكن الخليفة يقطع أمرا من أمور المسلمين بدون استشارتهم وأخذ رأيهم فيما يعرض للامة الاسلامية من الشئون والمسائل العامة • كما كان الخليفة فى كثير من الحوادث الجزئية المتعلقة بأحكام التشريع يستشيرهم ويسألهم عن الحكم اذا لم يجد نصا من الكتاب أو السنة • وضع الاسلام أساس الدستور فى الدولة الاسلامية وقرر الاصل العام لنظام الحكم وهو الشورى وأثر فى ذلك الاجمال ولم يتعرض للتفصيل المنظم لحكم الشورى حتى يتمنى لكل أمة أن تختار نوع الحكم بعد أن تكون الشورى هى الأساس فى سياسة الامة وفى نظام الحكم وتضع النظام التفصيلى لذلك بحسب حالها ومالها من التقدم العلمى والنضوج الفكرى والمدنية والحضارة فيكون نظام كل أمة فى الحكم

(١) الآية رقم ٢٩ من سورة النساء

(٢) آل عمران رقم ١٥٩

(٣) الآية ٢٨ من سورة الشورى •

محققا لرغباتها ومصالحها وملأنا لميبتها وعاداتها ومكائنها الاجتماعية ووافيا بحاجاتها . فقد يكون من مصلحة الامة أن يكون اختيار من يندبون عنها في التشاور بطريق الطوائف المختلفة أو بطريق الانتخاب المباشر أو غير المباشر . وقد يكون من مصلحتها أن يكون مجلس الشورى واحدا أو مجلسين . وهذا يختلف باختلاف الامم وتطورات أحوال الناس كما هو مشاهد الآن .

وقد ترد السنة النبوية متسمة لبعض تشريعات القرآن ومفصلة لما أجمله أو مشرعة لما لم يرد به الكتاب . وقد نجد الشارع في بعض تشريعاته المتعلقة بالمعاملات أثر التفصيل على الاجمال كما في التشريع الخاص بالمواريث والعقوبات الخاصة ببعض الجرائم . حيث بين القرآن نصيب كل وارث بيانا تفصيليا شاملا لمختلف حالاته في الارث حتى لا يكون هناك مجال للتأويل والاختلاف والتغيير . كما حدد عقوبة الاعتداء على النفس بالقتل وعلى العرض بالزنا وعلى المال بالسرقة وعلى الامن والنظام العام بالمحاربة والسعي بالفساد والافساد في الارض . لان الشارع الحكيم أراد استمرار هذه الاحكام وبقائها على ماهي عليه وعلى الوجه الذي شرعها ووضعها بدون تغيير وبغير أن تتأثر بتقلبات العصور واختلاف الظروف والاحوال .

والذي يؤيد أن الشريعة الاسلامية سلكت في تشريعها في باب المعاملات مسلك الاجمال لا التفصيل . ان الآيات القرآنية الواردة في بيان أحكام المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها وكذلك أحداث المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها . ويقول ابن العربي في تفسير الآية : يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم . ما نصه : هذه الآية من قواعد المعاملات وأساس المعاوضات التي تبنى عليها وهي أربعة : هذه الآية وقوله تعالى : وأحل الله البيع وحرم الربا «٢» . وأحاديث الفرر . واعتبار المقاصد في الشريعة .

ولا مندوحة عن هذا الاجمال في التشريع فيما يتعلق بالمعاملات بمعناها العام الشامل لجميع العلاقات والارتباطات والتصرفات بين الناس في شؤونهم الدنيوية بل هو ضروري اقتضته طبيعة الشريعة الاسلامية ومناسبتها لكل زمان ومكان ومالها من الخلود والدوام والعموم لان نصوص الكتاب والسنة كما يقول امام الحرمين أبو اسحق الاسفرائيني في كتابه « البرهان » محصورة مقصورة ومواضع الاجماع معدودة مأثورة . فما ينقل منها تواترا قليل معوز . وما ينقله الآحاد من علماء الامصار منزل منزلة اخبار الآحاد . وهي على الجملة متناهية . ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لانهاية لها . والرأى المثبوت المقطوع به عندنا أنه لا يخلو واقعة عن حكم الله تعالى يتلقى من قاعدة الشرع . فالاصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوب النظر فهو أحق الاصول بالاعتبار . ويقول الشهرستاني في كتابه « الملل والنحل » مانصه : نعلم قطعا وبقينا أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد . ونعلم قطعا أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضا . والنصوص اذا كانت متناهية . وما لا يتناهي لا يضبطه ما يتناهي . علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » ويضاف الى ما سبق أن أحكام الحوادث الجزئية الواقعة وكذا الوقائع التي يتوقع حدوثها في المستقبل فضلا عن كثرتها بحيث لا يمكن حصرها وعدّها . فان أحكامها قد تختلف باختلاف المواقع والاشخاص والازمان كالتمايز . وهذا يقتضي أن يترك أمر معرفتها واستنباطها لاجتهاد الفقهاء حتى يكون لكل حادثة حكمها المناسب لها بمرعاة المصالح واتباع القواعد العامة ومقاصد الشريعة الاسلامية وملاحظة تعامل الناس واعتبار عرفهم وعاداتهم في تصرفاتهم ومعاملاتهم وارتباطاتهم وعلاقاتهم في شؤونهم الدنيوية لان المجتهد لا يسهه أن يتجاهل بيئته وما يحيط به من عرف سائد وعادة متبعة حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة . وقد حثت الشريعة الاسلامية على

الفهم والاجتهاد واستنباط الاحكام الجزئية للمسائل والحوادث الجزئية التي تعرض من المبادئ والقواعد العامة والمقاصد الكلية التي تنشدها الشريعة الاسلامية من شرع الاحكام . وفي هذا يقول عمر بن الخطاب في كتابه الى ابي موسى الاشعري حينما ولاه القضاء : الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ثم اعرف الاشياء والامثال فقس الامور عند ذلك واعمد الى اقربها الى الله وأشبهاها بالحق » .

تغير الاحكام بتغير العرف

عرف الناس وعاداتهم بحسب الوقوع في الوجود ضربان (الاول) أعراف وعادات ثابتة مستمرة غير متبدلة ولا متغيرة . فلا تختلف باختلاف الازمان والاماكن والاشخاص . لانها مستمدة من الفطرة التي فطر الناس عليها . ومما تجرت سنة الله في خلقه ولا تبدل لسنة الله في الكون ولا تغير في العادات التي أصلها الفطرة ومنشؤها طبيعة الانسان . وذلك مثل الاكل عند الجوع والشرب عند الظما والحزن والفرح عند وجود دواعيها وميل المرء الى ما يلائمه وتغوره مما لا يلائمه (والثاني) عادات متبدلة غير مستقرة ولا مستمرة ولا ثابتة . فتختلف باختلاف العصور والامصار والبيئات والاحوال . كهيئات الملابس والمساكن وكاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور . وكالاختلاف في الافعال في المعاملات كما اذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق كله أو بعضه قبل الزفاف والدخول . لان مبناها على ما جرى به تعامل الناس وما ألفوه واعتادوه من الامور في أفعالهم وأقوالهم . وهذا يختلف باختلاف ماذكر حسب مقتضيات الاحوال والظروف فلكل اقليم ما يوافقه ويلائمه من العادات دعت اليها أنظمة المعيشة . ولكل عصر ما يناسبه ويصلح لاهله من الاعراف حسب حاجاتهم ومطالبهم في الحياة ووسائلهم في المعاملة . وهذا النوع كما أنه يختلف باختلاف ماذكر . فإنه يتبدل ويتغير بتبدل أسبابه وتغيرها . وبعد هذا التمهيد نقول ان الاحكام

في الشريعة الإسلامية (نوعان) الاول ما يكون ثابتا بصريح النص من الكتاب أو السنة أو بالاجماع . وهذا النوع من الاحكام لا تبديل ولا تغيير فيه اذ لو صح ذلك لكان نسخا للاحكام المستقرة المستمرة . ولا نسخ بعد انتقال النبي عليه الصلاة والسلام الى الرفيق الاعلى . (الثاني) ما يكون ثابتا بضرب من الاجتهاد والرأى . وهذا النوع من الاحكام أقسام لايعنيها منها الا مابنى على العرف والعادة لان ماعداه من الاقسام خارج عن بحثنا . والا احكام الفقهية التي أساسها العرف والمادة تبديل وتغير تبعا لتغير الاصل الذي بنيت عليه . فيتبع العرف المتجدد في بناء الحكم عليه . وقد صرح بذلك فقهاء الشريعة الإسلامية . وسننقل أقوال بعضهم في هذا الموضوع . ثم تتبعها بذكر بعض المسائل الفقهية التي تغيرت أحكامها بتغير مدركها عند الفقهاء وهو العرف . قال شهاب الدين القرافي المالكي المتوفى سنة ٦٨٤ هجرية في كتابه القيم « الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام » مانصه : ما الصحيح في هذه الاحكام الواقعة في مذهب الشافعي ومالك وغيرهما المترتبة على العوائد - العادات - وعرف كان حاصل حال جزم العلماء بهذه الاحكام . فهل اذا تغيرت تلك العوائد وصارت العوائد لا تدل على ما كانت تدل عليه أولا . فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة في كتب الفقهاء . ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة . أو يقال نحن مقلدون ومالنا احداث شرع لعدم أهليتنا للاجتهاد فنفتى بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين « ١ » وبعد أن أورد القرافي هذا السؤال على الوجه السابق أجاب عنه بما نصه : ان أمر الاحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالة في الدين . بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير المادة الى ما تقتضيه العادة المتجددة . وليس تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد . بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها . فنحن تتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد . الا ترى أنهم لما جعلوا

أن المعاملات اذا اطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود . فاذا كانت العادة تقدا معيناً حملنا الاطلاق عليه . فاذا انتقلت العادة الى غيره عيناً ما انتقلت العادة اليه . وألغينا الاول لانتقال العادة عنه . وكذا الاطلاق في الوصايا والايمان . وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد اذا تغيرت العادة تغيرت الاحكام في تلك الايواب . وكذلك الدعاوى اذا كان القول قول من ادعى شيئاً لانه العادة . ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه بل انعكس الحال فيه . بل لو خرجنا من ذلك البلد الى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه . وكذلك اذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نقتله الا بعادته دون عادة بلدنا . ومن هذا الباب ما روى عن مالك : اذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول ان القول قول الزوج مع أن الاصل عدم القبض . قال القاضي اسماعيل : هذه كانت عادتهم بالمدينة ان الرجل لا يدخل بامرأته حتى يقبض جميع صداقها . واليوم عادتهم على خلاف ذلك . فالقول قول المرأة مع يمينها لاجل اختلاف العوائد . اذا تقرر هذا فانا أذكر من ذلك أحكاماً نص الاصحاب على أن المدرك فيها العادة . وان مستند القتيابها انما هو العادة . والواقع اليوم خلافه . فيتعين تغيير الحكم على ما تقتضيه العادة المتجددة «١» ثم سرد القرافي الاحكام التي وعد بذكرها وكان المدرك فيها العرف والعادة ثم تغيرت لتغير مدرکها ومستندها وهو العرف والعادة . وقد التزمنا نقل كلام القرافي بنصه الحرفي مع طوله واسهابه لانه أحسن وأوضح ماكتب في الموضوع الذي نحن بصده ونريد تجليته حسب ما وصل اليه علمنا واطلاعنا .

وفي الفروق للقرافي : الاحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها اذا بطلت ... وبهذا القانون تعتبر جميع الاحكام المترتبة على العوائد وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لاختلاف فيه ... وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الايام فمهما تجدد في العرف

اعتبره ومهما سقط أسقطه • ولا تجسد على المسطور في السكتب طول
عمره بل اذا جاءك رجل من غير أهل اقليمك يستفتيك لاتجره على عرف
بلدك واسأله عن عرف بلده واجره عليه وافته به • دون عرف بلدك والمقرر
في كتبك فهذا هو الحق الواضح • والجمود على المتقولات ابدا ضلال في
الدين ونجل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين • وعلى هذه القاعدة
تتخرج ايمان الطلاق وصنع الصرائح والكنايات • فقد يصير الصريح
كناية يفتر الى النية وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن النية «١» •

ويقول ابن القيم في كتابه « اعلام الموقعين » بعد أن نقل كلام القرافي
المذكور بنصه الحرفي تقريبا بدون عزو اليه : ومن أفتى الناس بمجرد
المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمتهم وأمكنهم
وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم
من جناية من طيب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمتهم
وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم • بل هذا الطبيب
الجاهل وهذا المفتي الجاهل أضرم ما على أديان الناس وأبدانهم والله
المستعان «٢» •

وفي رسالة « نشر العرف » لابن عابدين : كثير من الاحكام تختلف
باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان •
بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا • للزم منه المشقة والضرر
بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع
الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن احكام • ولذا نرى
مشايخ المذاهب خالفوا مانص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ماكان
في زمنه لعلهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذنا من قواعد
مذهبه «٣» •

ولما كان العرف مدركا للفقيه ومستندا للمجتهد في معرفة كثير من

(١) ج ١ ص ١٧٦ وما بعدها •

(٢) ج ٣ ص ٦٦ وما بعدها • (٣) ص ١٢٥ من رسائل ابن عابدين •

الاحكام الفقهية واستنباطها اذا لم يوجد نص من الشارع وأعوذه الدليل وأن هذه الاحكام التي مبناها العرف ليست لها صفة الدوام والبقاء . بل تختلف وتغير باختلاف الزمان وتغير العرف . فان العلماء جعلوا من ضمن شروط المجتهد أن يكون عالما بعرف الناس وبطرق تعامل بيئته وتفاهم مجتمعه وبمادات الاقليم الذي يقيم فيه . اذ لا يسهل أن يتجاهل فيما يستنبطه من الاحكام ما يحيطه به من كل ذلك والا كان أشبه بأهل الكهف لا يصلح للاجتهد وقد قالوا : من جهل أهل زمانه فهو جاهل . وقد نص علماء الحنفية على أنه يفتى بقول أبي يوسف في المسائل المتعلقة بالقضاء بين الناس والفصل في منازعاتهم وخصوماتهم لكونه جرب القضاء ومارس مسأله مدة طويلة فعرف أحوال الناس في الخصومات وطرقهم في التقاضي والمرافعة والمدافعة أمام القضاء . وفي مناقب الامام محمد للكردي : كان محمد يذهب الى الصباغين ويسأل عن معاملاتهم وما يدبرونه فيما بينهم . وكما أن المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس وعرفهم فكذلك المفتي والقاضي . لان كثيرا من المسائل الفقهية والحوادث العارضة والوقائع الجزئية يجاب عنها بمقتضى العرف وليس له الجمود والوقوف على المدون في الكتب الفقهية ولا أن يلتزم المنقول من أصحاب المذهب بدون رعاية العرف واعتبار العادة ولو فعل المفتي ذلك لترتب على فتياء ضياع حقوق كثيرة وظلم كثيرين من الناس . وكان ضرره أعظم من نفعه لان المجتهد صاحب المذهب بنى كثيرا من الاحكام على عرف الناس في زمنه والتعارف بينهم . وربما تغير العرف الذي كان المدرك للمجتهد في تلك الاحكام المسطورة في كتب المذهب وتغيره يستوجب تغير الحكم المبني عليه . فيتعين حينئذ الحكم والافتاء بما يقتضيه العرف ألحادث القائم في زمن من له حق الافتاء . ولا يجوز له أن يفتى بالحكم المنصوص عليه في المذهب والذي كان أساسه ومدركه العرف السائد بين الناس في عصر صاحب المذهب لان الحكم المبني على العرف يتغير عند تغيره الى ما يقتضيه العرف الحادث .

وسنرد طائفة من المسائل الفقهية التي بنيت أحكامها على العرف ثم تغيرت حينما تغير العرف وتبدلت العادة واختلف الزمان :

(١) كانت الدية الواجبة في القتل الخطأ تفرض في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام وعهد أبي بكر رضي الله عنه على عاقلة القاتل وهم قومه وعشيرته وقبيلته حيث انهم يناصرونه ويحمونه ويذودون عنه . وإيجاب الدية على العشيرة والاسرة كان نظاما معروفا عند العرب لان تناصرهم كان بالعشيرة والقبيلة وأقر الاسلام هذا النظام لان التناصر الذي هو الاصل في هذا الباب كان بالعشيرة والقبيلة واستمر كذلك لاستمرار العرف الى أن انتقل التناصر الى أهل الديوان «١» حينما دون عمر بن الخطاب

(١) ولما كانت كلمة « الديوان » شائعة الاستعمال في مصر وتتردد كثيرا على اللسان رأيت من المناسب والفائدة أن الخص ماقاله الماوردى في كتابه « الاحكام السلطانية » وما كتبه ابن خلدون في مقدمته عن أصل هذه الكلمة ومنشئها : الكتاب الذي يدون فيه الجبايات ويبين فيه موارد الدولة ومصروفاتها واحصاء العساكر باسمائهم وتقدير أرزاقهم وصرف أعطياتهم في اوانها ... يسمى الديوان . وكذلك مكان جلوس الموظفين المباشرين لتلك الاعمال . ويقال أن أصل هذه التسمية أن كسرى ملك الفرس اطلع ذات يوم على كتاب ديوانه فرأهم يحسبون مع أنفسهم كأنهم يحادثون فقال : ديوانه . أي مجانيين بلغة الفرس فسمى موضعهم ومكان جلوسهم بهذا الاسم . وحذفت الهاء لكثرة الاستعمال تخفيفا فقليل : ديوان . ثم نقل هذا الاسم الى كتاب هذه الاعمال المتضمن للقوانين والحسابات . وقيل ان الديوان اسم للشيطان باللغة الفارسية فسمى الكتاب باسمهم لسرعة نفوذهم في فهم الامور ووقوفهم على الجلى والخفى منها وجمعهم لما شذ وتفرق منها . ثم سمي مكان جلوسهم بذلك فقليل : ديوان . وأول من وضع الديوان في الاسلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه . واختلف في سبب انشائه وفيمن أشار عليه بذلك . فقليل سببه ان ابا هريرة قدم عليه بمال من البحرين فقال له عمر ماذا جئت به فقال خمسمائة ألف درهم فاستكره عمر وتمبوا في قسمته . فأشار اليه خالد ابن الوليد - وفي فتوح البلاد لللازري : الوليد بن هشام بن الفيرة - وقال : قد كنت بالشام فأريت ملوكها قد دونوا ديوانا وجندوا جنودا فدون ديوانا وجند جنودا فأخذ بقوله . وقيل ان الذي أشار عليه بذلك الهرمزان الفارسي لما رآه يبعث البعوث من غير ديوان فقال له : ومن يعلم بقبية من يغيب منهم فان من تخلف منهم أخل بمكانه . فاثبت لهم ديوانا فسأله عمر عن معنى الديوان ففسره له . ثم أمر عقيل بن أبي طالب ومخرمه بن نوفل وجبير بن مطعم من كتاب قريش فكتبوا ديوان العساكر الإسلامية على ترتيب

رضى الله عنه الدواوين وفرض الاعطيات لاهلها وجعل الدية على أهل الديوان اذا كان القاتل منهم . لان التناصر بعد أن كان بالعشيرة أصبح بالديوان . فتغير العرف فيما به التناصر استتبع تغير الحكم . فلو وجد ناصر بغير القبيلة وأهل الديوان كما لو كان قوم تناصرهم بالحرفة فالعاقلة أهل الحرفة وإن كان بالحلف فاهله . ويقول السرخسي : ان عمر رضى الله عنه لما دون الدواوين وفرض الاعطيات جعل المعاقل في أعطيائهم ثم قال : ماكانت الدواوين في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . وانما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين . فلما دون عمر رضى الله عنه بجعل التعاقل بالديوان لانه باعتبار التناصر . والتناصر بالديوان دون القبيلة فان أهل الديوان وإن كانوا من قبائل شتى يقوم بعضهم بنصرة بعض » .

وايجاب الشارع الدية على عاقلة القاتل اذا كان القتل خطأ ليس مخالفا لنظرية مسئولية الجناية لايتحملها غير الجاني . لان وجوب الدية على العاقلة في القتل خطأ أو اشتراكها في تحملها من باب الاعانة ودفع الضرر عن القاتل . لان القتل لما كان خطأ غير مقصود ولا متعمد يعذر فيه القاتل حيث انه لم يتعمد فعل الجريمة ولم يقصد ارتكاب الاثم . فلو وجبت الدية في ماله خاصة أصابه ضرر بليغ من غير ذنب تعمده . واهدار دم القاتل من غير عوض وبدون بدل فيه اضرار بمن كان يعولهم ويقوم بأودهم من أولاده وورثته . فاقترضت حكمة الشريعة الاسلامية ايجاب دية القتل الخطأ على من عليهم نصرة القاتل وحمايته والدفاع عنه بحسب العرف والعادة بين الناس اعانة له ودفع الضرر عنه لان ذلك من ضمن النصرة له والاخذ بيده .

وقد نص الفقهاء على أن الدية الآن واجبة في مال الجاني خاصة حيث لا يوجد بيت مال منظم ولا تناصر ويقول صاحب الدر المختار ان التناصر

الانساب ابتداء من قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فما بعدها الاقرب فالاقرب . هكذا ابتداء ديوان الجيش في الدولة الاسلامية . وروى الزهرى من سعيد بن المسيب ان ذلك كان في المحرم سنة عشرين من الهجرة النبوية .

أصل هذا الباب والتناصر منتف الآن وحيث لا قبيلة ولا تناصر فالدية في مال الجاني • وقيل ابن عابدين عن المجتبى : ان العشائر هدوت ورحمة التناصر قد رفعت وبيت المال قد انهدم فتعين أن تجب الدية في مال الجاني (١) •

(٢) كان النبي عليه الصلاة والسلام أباح للنساء أن يخرجن الى المساجد للصلاة وحضور الجماعة • فقد روى أبو داود في سننه بسنده الى أبي هريرة رضي الله عنه : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لاتمنعوا اماء الله — النساء — مساجد الله • واستمر الامر كذلك في عهده وفي مدة خلافة أبي بكر رضي الله الى أن منعه عمر رضي الله عنه عن الخروج الى المساجد • لفساد الزمان وتغير الحال وتبدل حالة النساء • حيث حدث في عهده ما لم يكن في عصر النبي وزمن أبي بكر • حتى قالت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها التي أخذ عنها كثير من الاحكام الشرعية : لو أدرك رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منعت نساء بني اسرائيل • رواه أبو داود • وقد استقر الامر على منع النساء من الخروج الى المساجد للصلاة • اذ لو بقي الحكم باباحة خروجهن كما كان الشأن في عصر النبي عليه الصلاة والسلام مع تبدل الاخلاق وفساد الزمان وتغير النفوس والاحوال لترتب على ذلك مضار ومفاسد لا تؤمن عاقبتها • •

(٣) ما يتخذ الحكام وولاة الامور من الوسائل والانظمة والمظاهر في سياسة الملك والامارة وحفظ الامن والنظام • فان ذلك يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم بحسب الازمنة والامكنة واختلاف البيئات والامم والشعوب • وفي الفروق للقرافي : ولما قدم عمر بن الخطاب الشام ووجد معاوية بن أبي سفيان — عامله على اقليم الشام — قد اتخذ الحجاب وأرخى الحجاب واتخذ المراكب النفيسة والثياب الهائلة العلية وسلك ما يسلكه

الملوك فسأله عن ذلك . فقال : انا بأرض نحن فيها محتاجون لهذا . فقال له : لا أمرك ولا أنهاك . ومعناه أنت أعلم بحالك . هل أنت محتاج الى هذا فيكون حسنا أو غير محتاج فيكون قبيحا . فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الائمة وولاة الامور . تختلف باختلاف الاعصار والامصار والاحوال . فلذلك يحتاجون الى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديما . وربما وجبت في بعض الاحوال « ١ » .

(١) ج ٤ ص ٢٠٣ وفي كتاب « عقد الفريد » لابن عبد ربه القرطبي المتوفى سنة ٣١٨ هجرية : قال يزيد : حدثني ابي أن عمر بن الخطاب لما قدم الشام قدم على حمار ومعه عبد الرحمن بن عوف على حمار . فتلقا معاوية ابن ابي سفيان - والى الشام وحاكمه من قبل عمر رضى الله عنه - في موكب ثقیل . فجاوز عمر حتى أخبر به فرجع اليه . فلما قرب منه نزل اليه فأعرض عنه عمر فجعل - معاوية - يمشى الى جنبه راجلا فقال له عبد الرحمن بن عوف : اتعبت الرجل فأقبل عليه عمر فقال : يا معاوية أنت صاحب الموكب أنفا على ما بلغنى من وقوف ذوى الحاجات ببابك . فقال : نعم يا امير المؤمنين . قال ولم ذاك ؟ . قال : لانا في بلد لا نمتنع فيها من جواسيس العدو ولا بد لهم مما يربهم من هبة السلطان فان أمرتنى بذلك أقمت عليه وأن نهيتنى عنه انتهيت . فقال : ان كان الذى تقول حقا فانه رأى اريب وان كان باطلا فانها خدعة اديب . وما أمرك به ولا أنهاك عنه . فقال عبد الرحمن بن عوف : لحسن ما صدر هذا الفتى عما أورد فيه . فقال : لحسن مواده جشمناه ما جشمناه . ١ هـ .

يتجلى من هذه الحادثة مقدار اثر العرف في اختلاف مظاهر الملك فهنا خليفة المسلمين وامير المؤمنين يقدم الشام علنا للوقوف على احوال رعيته وهو يمتطى حمارا . ولا يشعر به حاكم الشام وواليه الذى خرج لاستقباله والاحتفاء به لما عليه من البساطة البعيدة من مظاهر الملك وابهة السلطان . في حين أن عامله كان في موكب ثقیل حافل بمظاهر هبة ترهب العدو . لاختلاف عرف المدينة التى هى مقر الخلافة وعاصمة الدولة الاسلامية عن عرف اهل الشام في عصر واحد . وقد تمرض ابن خلدون في مقدمته . للكثير من الامور التى يقتضيها انتقال الدولة من البداوة الى الحضارة واطوارها المختلفة . وبين ماتلون به من العادات حسب الحالات المتجددة واختلاف احوال الدولة واحوال اهلها . باختلاف اتساع الدولة وعظمها واختلاف مالها ولاهلها من الحضارة والمدينة والثقافة والتقدم فى العلوم والصنائع وغير ذلك . وذكر ان الدولة الخالفة تقلد الدولة السالفة وتتبع عاداتها وتتخذ من مظاهر الملك والحكم والابهة والبدخ والترف ما تباهى به الدول المسالمة وترهب به الدول المحاربة . وقال فى هذا المقام : احوال النفوس وتلوناتها غريبة . والله الخلاق العليم .

(٤) اختلف الائمة المجتهدون في مسائل فقهية لاختلاف عرف أهل بلد كل منهم عن عرف أهل بلد الآخر حيث لا يوجد اجماع ولا نص من الكتاب أو السنة . فاستنبط كل منهم أحكاما كان مدرکه ومستنده فيها العرف المتبع في محيطه وفي اقليمه الذي يعيش ويقیم فيه . اذ لكل أمة ولكل أهل اقليم عادات في حياتهم الاجتماعية وأعراف في تعاملهم وتقاهمهم وطرق في تصرفاتهم ومعاملاتهم لا مندوحة للمجتهد عن أن يراعيها مع مراعاته القواعد العامة والمقاصد الكلية للشريعة الاسلامية وأغراضها وأهدافها في تشريع الاحكام من جلب المصالح ودرء المفاسد والتيسير على الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم . بل ان المجتهد قد يغير رأيه في المسألة الواحدة لتغير العرف الذي بنى عليه الحكم . او اذا ما انتقل من قطر الى آخر ووجد عرف القطر الذي انتقل اليه مخالفا لعرف البلد الذي انتقل منه . كما حصل للامام الشافعي فانه لما كان في العراق أنشأ هناك مذهباً عرف بالتقديم ولما ارتحل عنه الى مصر وأقام بها الى حين وفاته خالف بعض آرائه في العراق حينما وجد عرف أهل مصر يخالف عرف أهل العراق في بعض المسائل .

وقد يخالف فقهاء المذهب الواحد صاحب المذهب فيقولون باحكام تخالف الاحكام التي نص عليها صاحب المذهب لاختلاف العرف الذي بنيت عليه تلك الاحكام . وفي مذهب الحنفية نجد كثيراً من الاحكام الفقهية خالف فيها الصاحبان الامام أبا حنيفة لتغير الزمان وتبدل أحوال الناس وتغير عرفهم مع أنهما كانا معاصرين له ولكن تأخر زمانهما عن زمانه . كما خالف المتأخرون من فقهاء المذهب القدامى منهم في كثير من المسائل فأفتى المتأخرون فيها بخلاف المنصوص عليه في المذهب والمنقول من المتقدمين لفساد الزمان وتبدل العرف . ومن هذه المسائل :

أ - لو حلف شخص لا يأكل فاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو رطباً . قال أبو حنيفة : لا يحنث في يمينه وقال الصاحبان : يحنث . وصرح علماء الحنفية بأن هذا اختلاف عصور زمان لا اختلاف حكم وبرهان . لان الناس في زمن أبي حنيفة لم يكونوا يعدون هذه الاشياء من الفواكه . فأفتى بما

شاهد في زمنه وفي زمن الصاحبين كان الناس يعتبرون هذه الاشياء من الفواكه فافتيا بما شاهدها في زمانهما . وفي الكفاية شرح الهداية نقلا عن المحيط : ان العبرة للعرف فما يؤكل على سبيل التفكه ويمد فاكهة في العرف يدخل تحت اليقين وما ليس كذلك لا يدخل تحت اليقين » (ج ٤ ص ٤٠٥) .

ب - لا يشترط الامام أبو حنيفة تزكية الشهود لقبول شهادتهم اكفاء بظاهر العدالة التي كانت غالبية في الناس في زمنه . ولما تغيرت الاحوال وفسد الزمان وفشا في الناس الكذب ولم تعد الاستقامة والعدالة هي الامر الغالب في الناس اشترط الصاحبان تزكية الشهود وفي قبول شهادتهم حتى تصان الحقوق من الضياع وتحفظ الاموال من الاكل بالباطل .

ج - ذهب أبو حنيفة الى أن الاكراه لا يتحقق من غير السلطان لانه رأى في زمنه أن السلطان هو المختص بالقوة والغلبة والقدرة على العاق الاذى والضرر بالغير . ومن شروط تحقق الاكراه أن يكون المكره قادرا على تنفيذ ماهدد به المكره من القتل أو اتلاف عضو من أعضاء الجسم أو الضرب أو نحو ذلك . وذهب الصاحبان الى أن الاكراه يتحقق من غير السلطان لانه وجد في زمانهما من لهم رهبة وغلبة وقوة وقدرة على التخويف والتهديد والاكراه حيث تغيرت الاحوال وكثر الفساد بين الناس . وأصبح الاكراه يتحقق من غير السلطان أو الحاكم .

د - اتفقت النقول عن الامام أبي حنيفة وصاحبيه على أنه لا يجوز أخذ الاجر على تعليم القرآن ولا على الامامة والاذان . لان هذه الامور من العبادات والطاعات ولا يجوز أخذ الاجر على ذلك . ولما تبدلت الاحوال وتغير الزمان وضعفت الروح الدينية وقطعت عن الذين يتولون تعليم القرآن عطاياهم من بيت المال . أفتي من جاء بعدهم من أهل التخريج والترجيح في المذهب بصحة أخذ الاجر على تعليم القرآن وعلى الامامة والاذان لحفظ القرآن وللمحافظة على شعائر الدين . ويقول ابن عابدين

بشأن هذا الموضوع في رسالة « رسم المفتى » : وهذا ما أفتى به المتأخرون عن أبي حنيفة وأصحابه لعلمهم أن أبا حنيفة وأصحابه لو كانوا في عصرهم لقالوا بذلك ورجعوا عن قولهم الاول « ١ » اهـ .

وكتب الفقه تعبر عن الاختلاف في مثل هذه المسائل بأنه اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لا اختلاف حجة وبرهان . لان صاحب المذهب والقدامى من فقهاء المذهب لو وجدوا في الزمن الذي وجد فيه المتأخرون من العلماء لقالوا بما قاله المتأخرون ولافتوا بمثل فتواهم . وقد جاء في التقرير الذي رفعته لجنة العلماء التي وضعت مواد المجلة العمدية الى المرحوم عالي باشا الصدر الاعظم في غرة محرم سنة ١٢٨٦ ما نصه : فانه بتبدل الاعصار تتبدل المسائل التي يلزم بناؤها على العادة والعرف مثلا : كان عند المتقدمين من الفقهاء اذا أراد أحد شراء دار اكتفى برؤية بعض بيوتها . وعند المتأخرين لابد من رؤية كل بيت منها على حدته . وليس هذا الاختلاف مستندا الى دليل بل هو ناشئ عن اختلاف العرف والعادة في أمر الانشاء والبناء . وذلك أن العادة قديما في انشاء الدور وبنائها أن تكون جميع بيوتها متساوية على طراز واحد . فكانت رؤية بعض البيوت على هذا تغني عن رؤية سائرها . وأما في هذا العصر فلان العادة جرت بأن تكون الدار الواحدة مختلفة في الشكل والقدر . لزم عند البيع رؤية كل منها على الافراد . وفي الحقيقة فاللازم في هذه المسألة وأمثالها حصول علم كاف بالمبيع عند المشتري . ومن ثم لم يكن الاختلاف الواقع في مثل هذه المسألة المذكورة تفسيرا للقاعدة الشرعية . وانما تغير الحكم فيها بتغير أحوال الزمان فقط .

وفي ختام البحث نرى مما تحسن الاشارة اليه أن الاحكام الشرعية المنصوص عليها من الكتاب والسنة قليلة بالنسبة للاحكام الاجتهادية لان الشارع آثر الاجمال على التفصيل فيما شرع من أحكام المعاملات واكتفى

بالقواعد العامة التي وضعها والمقاصد الكلية التي ينشدها في تشريعاته - وقد سبق أن بينا سبب هذا الاجمال وعدم التعرض لتفصيل الاحكام الجزئية - ولذا نجد آيات الاحكام الواردة في القرآن الذي هو الاصل والمصدر الاول للاحكام الشرعية قليلة جدا بالنسبة لمجموع الايات القرآنية حيث ان الآيات القانونية في كل الاعمال التي تصدر من الانسان من عبادات ومعاملات على اختلاف أنواعها وتعدد نواحيها لاتكاد تبلغ خمسة في المائة من عدد آيات القرآن المشتمل على ٦٢٣٦ آية على طريقة الكوفيين التي اتبعت في عد آياته . وحث الشارع على الاجتهاد لمعرفة أحكام الحوادث الجزئية واستنباطها من القواعد العامة والمقاصد الكلية . وان علماء الاصول قرروا أن الاحكام المستفادة من النصوص الشرعية يجوز تخصيصها بالعرف العام وهذا محل اتفاق بينهم وذهب بعض علماء الحنفية الى جواز تخصيصها بالعرف الخاص وان الاحكام الاجتهادية قابلة للتغيير بالعرف العام والعرف الخاص . وهذه المرونة في التشريع الاسلامي كانت سببا في أن الفقه الاسلامي يسير في كل العصور تطورات الزمن ويتمشى مع مقتضيات الحياة على اختلاف صورها والوانها ويسترسل على جميع الوقائع والحوادث المتجددة في كل زمان ومكان ولا يقف امامها جامدا ولا تضيق قواعده وأصوله العامة بحاجات الناس ولا تعجز عن حل مشاكلهم الاجتماعية والفردية في مختلف الشؤون . مهما تغيرت الاحوال وتبدلت الظروف ومهما تطورت وسائل المعاملات بين الناس وتعددت صور الحياة وتنوعت مطالبها . ولهذا كانت الشريعة الاسلامية خاتمة الشرائع وأكملها وكتب لها الخلود والبقاء الى يوم الدين . وقد صدق الله العظيم في قوله : ويرى الذين أوتوا العلم الذي أنزل اليك من ربك هو الحق ويهدى الى صراط العزيز الحميد «١» .

عمر عبد الله

بحث مقارن

حرية تكوين الجمعيات

في

انجلترا وفرنسا ومصر

للدكتور سعد عصفور

مدرس القانون العام بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية

نبذة عن البحث

* مقدمة عامة

* الفصل الاول - التنظيم الجنائي لحرية تكوين الجمعيات

§ في انجلترا

§ في فرنسا

§ في مصر

§ خلاصة مقارنة

* الفصل الثاني - التنظيم المدني لحرية تكوين الجمعيات

§ في انجلترا

§ في فرنسا

§ في مصر

§ خلاصة ختامية .

مقدمة عامة

يسلم الرأى القانونى الحديث بكثير من الحقائق التى كانت فى القديم محلا للنظر وموضوعا للجدل والنقاش . ولعل من أبرز هذه الحقائق الاعتراف للأفراد بحقوقهم وحياتهم الأساسية .

فالأنظمة التى سادت فى العهود البائدة قامت على السلطان المطلق وأكثرت على الفرد حقوقه وحياته . ثم كان النضال بين الفرد والدولة الذى تنوع صورته وأساليبه تبعا للظروف الخاصة بكل دولة .

ولانجلترا فضل السبق فى انصاف الحريات الفردية كما تشهد بذلك وثائق العهد الأعظم لسنة ١٢١٥ Magna Charta وملتس الحقوق لسنة ١٦٢٨ Petition of Rights ، ومشروع الحقوق لسنة ١٦٨٨ Bill of Rights . أما فرنسا فقد تراخى الكفاح الدستورى فيها قرنا من الزمان الا أن المثل الفردية التى استوحاها ذلك الكفاح والنزعة الدولية التى اصطبغ بها - كفلا له فى هذا المضمار أثرا محمودا وانتشارا واسعا .

وعلى هذا النحو يبدو من المفيد لأغراض الدراسة المقارنة فى مجال الحريات الفردية ادخال كل من انجلترا وفرنسا طرفا فيها - اذ تدين الحريات لاحدى الدولتين بتاريخها الأول وتدين للثانية بقوامها الفلسفى .

ولقد بات من المسلم أن أى نظام للحكم لا يمكن أن يعد ديموقراطيا الا اذا وفر للأفراد قدرا متيقنا من الحريات . ومن أهم مايتضمنه هذا القدر حرية تكوين الجمعيات .

والجمعية بمعناها العام هى اتفاق بين شخصين أو أكثر على تحقيق ربح مادى أو غرض آخر - فتشمل بذلك الشركة . ولكن المقصود فى

صدد هذا البحث هو الجمعية بمعناها الفني أى حين لا يكون الفرض من تكوينها الحصول على ربح مادى «١» .

ولقد عنى المشرع الفرنسى بإيراد تعريف للجمعيات فنص فى المادة الأولى من القانون الصادر فى أول يوليو سنة ١٩٠١ بأن الجمعية « اتفاق يتعهد بموجبه شخصان أو أكثر بأن يخصصوا معلوماتهم أو نشاطهم بصفة دائمة لتحقيق غرض غير اقتسام الأرباح » «٢» .

وحرص المشرع المصرى على أن يورد تعريفا للجمعيات فى القانون المدنى الجديد «٣» استقاء من القانون الفرنسى - وضمنه المادة ٤١ التى تنص على أن الجمعية « جماعة ذات صفة دائمة مكونة من عدة أشخاص طبيعية أو اعتبارية لغرض غير الحصول على ربح مادى » .

وكل من التعريفين يضع ضابطا دقيقا للفرقة بين الجمعية والاجتماع من جهة وبين الجمعية والشركة من جهة أخرى . فبينما تتميز الجمعية association بصفتها المستمرة عن الاجتماع réunion الذى لا يتم الا بصورة عرضية ومؤقتة «٤» ، نجد أنها تتميز عن الشركة société بحكم

(١) يراجع فى التمييز بين الجمعية والشركة : العقود المدنية الصغيرة للدكتور محمد كامل مرسى . الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ . ص ١٤٥ ، شرح القانون التجارى للدكتور محمد صالح . الجزء الاول . الطبعة السابعة سنة ١٩٤٩ . ص ٢٤٤ ، الوسيط فى القانون التجارى للدكتور محسن شفيق . الجزء الاول . الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ . ص ٣٨٠ .

(٢) « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices » .

(٣) لم يكن القانون القديم يعرف الجمعيات ولكنه احتوى كالقانون المدنى الفرنسى على تعريف للشركات - أنظر مبادئ العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفه . سنة ١٩٤٢ . ص ٣٤٠ .

(٤) للتوسع فى معنى الاجتماع راجع بحثنا المقارن فى حرية الاجتماع المنشور بمجلة مجلس الدولة . السنة الثالثة . يناير سنة ١٩٥٢ ، ص ص ٢٢٧ - ٢٩٩ .

انصرافها عن تحقيق الربح المادى لأعضائها «١» .

والجمعيات بهذا التحديد هي روح الجماعة وقلبها النابض بقدر ما هي سبيل الأفراد الى الارتفاع بمستواهم وبنمية مداركهم وملكاتهم فى مختلف نواحي النشاط الانسانى . فحرية تكوين الجمعيات اذن ضرورة لاغنى عنها سواء بالنسبة الى الجماعة أو بالنسبة الى الأفراد .

وليس أدل على أهميتها من النص عليها صراحة فى الاعلان الدولى لحقوق الانسان Universal Declaration of Human Rights «٢» الذى أقرته الجمعية العمومية لهيئة الأمم المتحدة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ — والتزمت بمقتضاه الدول الموقعة بأن تأخذ بمضمونه فى قوانينها الداخلية . ومن ثم يصح القول بأن حرية الجمعيات أصبحت ثابتة للأفراد فى نظر القانون الدولى العام على الأقل ، بمعنى أنها لم تعد رهن ارادة المشرع الوطنى ان شاء منحها اياهم وان شاء أنكرها عليهم .

وهدف هذا البحث هو دراسة التنظيم التشريعى المستقر لحرية تكوين الجمعيات فى انجلترا وفرنسا ومصر . ولتحديد المقصود بالتنظيم التشريعى المستقر يجدر بنا أن نشير الى أن الأحكام الخاصة بحرية تكوين الجمعيات على نوعين : أحكام تهدف الى تنظيم تلك الحرية فى الظروف العادية بصورة مستقرة — وهى الغالبة ، وأخرى تهدف الى تنظيمها فى ظروف استثنائية بصورة عارضة كما هو الشأن بالنسبة الى الأحكام التى تطبق فى أوقات الحروب أو فى أثناء قيام الأحكام العرفية . وتخرج الأحكام الأخيرة عن نطاق هذا البحث اذ المشاهد أنها أحكام عابرة تزول بزوال

(١) يميز القانون الانجليزى بين الجمعية بالمعنى العام association وبين الاجتماع meeting على النحو المبين فى المتن . كما أنه يميز بين الجمعية بمعناها الفنى والشركة وان كان هذا التمييز لا يبدو لأول وهلة بسبب اختلاط التسميات فى هذا الصدد ولا سيما company, society .

(٢) تنص المادة العشرون من الاعلان على أن لكل فرد حق الاجتماع فى هدوء وسكينة وحق تكوين الجمعيات « the right to freedom of peaceful assembly and association »

الحالة التي تستوجب الالتجاء إليها .

على أنه في مصر بالذات وإن كانت الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية محل تطورات بعيدة المدى منذ نجاح ثورة الجيش في ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ ، إلا أن تلك التطورات لم تمس جوهر التنظيم التشريعي المستقر لحرية تكوين الجمعيات . ويتضح ذلك على الأخص من مراجعة الاعلان الدستوري الصادر بتاريخ ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٢ من القائد العام للقوات المسلحة بصفته رئيس حركة الجيش . فقد جاء في هذا الاعلان على لسان القائد العام :

« وهأنذا أعلن باسم الشعب سقوط ذلك الدستور ، دستور سنة ١٩٢٣ » .

« وانه ليسعدني أن أعلن في نفس الوقت الى بنى وطني أن الحكومة آخذة في تأليف لجنة تضع مشروع دستور جديد ، يقره الشعب ، ويكون منزها عن عيوب الدستور الزائل محققا لآمال الأمة في حكم نيابي نظيف سليم . والى ان يتم اعداد هذا الدستور ، تتولى السلطات في فترة الانتقال التي لا بد منها حكومة عاهدت الله والوطن على أن ترعى صالح المواطنين جميعا دون تفرق أو تمييز ، مراعية في ذلك المبادئ الدستورية الهامة » .

وعلى هذا النحو يمكن القول بأن التنظيم التشريعي المستقر لحرية تكوين الجمعيات في مصر لا يزال قائما رغم سقوط الدستور - استنادا الى المبادئ الدستورية الهامة التي أوجب الاعلان الدستوري مراعاتها والتقيدها . وفصلا عن ذلك فإن قوام التنظيم المذكور - على ما سيأتي بيانه - أحكام صدرت بها قوانين عادية ، ومن المسلم أن القوانين التي تصدر صحيحة في ظل دستور ما تبقى نافذة وإن سقط الدستور التي استندت اليه (١) .

(١) ومما يؤكد هذا النظر انه - والبحث قيد النشر - صدر الاعلان الدستوري المؤرخ في ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ من القائد العام للقوات المسلحة وقائد ثورة الجيش بشأن تنظيم الحقوق والواجبات لجميع المواطنين في فترة الانتقال . وقد نص هذا الاعلان في مادته الثالثة على أن « الحرية الشخصية وحرية الرأي مكفولتان في حدود القانون » .

وإذا تلمسنا النصوص القانونية التي تنظم حرية تكوين الجمعيات نجد أن أبرز ما يواجهها في النظام الإنجليزي عموماً ارتباط الأفكار القانونية فيه ارتباطاً لا يكاد يستشعر معه بما ساد معظم الدول من تقسيم للقانون الى عام وخاص . ويتضح هذا الارتباط جلياً في مجال الحقوق والحريات الفردية . فيذكر العلامة ديمى تسجيلاً لهذه الظاهرة الجديرة بالاعتبار أن « ... القواعد التي تندرج تحت المجموعة الدستورية في الدول الأجنبية ليست عندنا مصدراً للحقوق الفردية بل وليدة تحديد المحاكم لتلك الحقوق وقضائها فيها . والخلاصة أن المحاكم والبرلمان عندنا قد عملا على توسيع مبادئ القانون الخاص بحيث تنظم مركز التاج وأتباعه ، وهكذا انبثق الدستور من القانون العادي في الدولة » (١) .

فالنطاق في تنظيم حرية تكوين الجمعيات في إنجلترا اذن هو القانون العادي Common Law بما يتضمنه من قواعد عرفية ومكتوبة . أما القواعد العرفية في مجال الحريات عموماً فمستقرة على أن كل ما ليس محظوراً فهو مباح . وأما القواعد المكتوبة فترجع بصفة رئيسية الى قانون الشركات Company Act الذي سن نظاماً خاصاً للجمعيات في سنة ١٩٢٩ ثم استبقاه عند تعديله مؤخراً في سنة ١٩٤٨ .

أما في فرنسا فيحكم الجمعيات أساساً قانون يرجع تاريخه الى أول يوليو سنة ١٩٠١ . ولم يكن صدور هذا القانون بالأمر غير المتوقع اذ سبقته رغبة جارفة - طال عليها الوقت - في أن يوجد قانون شامل للجمعيات يحقق من الحرية قسطاً يتلاءم والأحوال الاجتماعية المتطورة . واستجابة لتلك الرغبة قدمت مشروعات لا تقل في مجموعها عن الاثنين والثلاثين ، ولكن لم يقدر سوى لمشروع والدك روسو Waldek - Rousseau أن يرى النفاذ بعد أن استهدف لكثير من النقد والتعديل في داخل البرلمان .

وفي مصر نصت المادة ٢١ من دستور ١٩٢٣ على أن « للمصريين حق

(١) انظر ص ٢٠٣ من Dicey A. V. Law of the Constitution, 9th. edit., London 1948.

تكوين الجمعيات وكيفية استعمال هذا الحق يبينها القانون « ١ » . ولقد وردت هذه المادة تحت الباب الثانى الذى أفرده الدستور لحقوق المصريين وواجباتهم . ولم يكن النص على حقوق الأفراد من جانب المشرع الدستورى الا مقررًا لحقوق ثابتة لهم من قبل ، كما شهد المشرع نفسه بذلك فى المذكرة التفسيرية لمشروع الدستور « ٢ » .

وأكدت محكمة القضاء الادارى هذا النظر فى القضية رقم ١٩٠ لسنة ٣٣ قضائية « ٣ » اذ أعلنت أن « للمصريين حق تكوين الجمعيات بلا حاجة الى قانون يستمدون منه هذا الحق ويباشرونه مطلقا ما دام لم يرد عليه حد أو يقيد قيد . وبالفعل جرت المحاكم قبل الدستور وبعده على كفالة هذا الحق فى اطلاقه وتقرير النتائج المترتبة عليه ... » .

فحرية تكوين الجمعيات اذن حرية أصيلة لا يملك المشرع أن ينكرها عليهم أو ينافيها فيها ، وان ساع له أن ينظم استعمالها فى حدود الدستور .

وتمثلت أول محاولة من جانب المشرع لتنظيم استعمال هذه الحرية فى القانون رقم ٢٧ بتاريخ ٥ يوليو سنة ١٩٢٣ بشأن شركات التعاون الزراعية . وعاد المشرع الى تنظيم الجمعيات التعاونية فأصدر فى

(١) فسرت هذه المادة على هدى نصها الفرنسى الذى يكفل المصريين « حق تكوين أى جماعات *le droit de s'associer* » لا مجرد الجمعيات بالمعنى الضيق . وأكدت الأعمال التحضيرية هذا التفسير اذ كان النص العربى للمادة فى الاصل يكفل للمصريين « حق الاشتراك » عموما ولم يعدل عنه الا بدافع الاستحسان فى الترجمة .

(٢) راجع ص ٤٦٧ من تاريخ الحياة النيابية فى مصر لمحمد خليل صبحى . الجزء الخامس سنة ١٩٣٩ .

(٣) بشأن طلب جمعية الاخوان المسلمين وقف تنفيذ القرار الصادر من وزارة الداخلية بشراء دار المركز العام ليكون مقرا لقسم بوليس اللرب الاحمر . وقد قضت المحكمة بوقف تنفيذ القرار المذكور ببطاسة ١٧ سبتمبر سنة ١٩٥١ .

شأنها القانون رقم ٣٣ بتاريخ ٢٢ يوليو سنة ١٩٢٧ الذى ألقى به القانون المتقدم «١» .

وفى ٨ مارس سنة ١٩٣٨ صدر المرسوم بقانون رقم ١٧ بشأن حظر الجمعيات والجماعات شبه العسكرية . وفى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٤ صدر القانون رقم ٥٨ بشأن الجمعيات التعاونية الذى ألقى القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٧ والذى لا يزال معمولاً به . وفى ١٢ يوليو سنة ١٩٤٥ صدر القانون رقم ٤٩ بشأن الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية .

على أنه بازدياد عدد الجمعيات وتنوع أغراضها واتساع نطاق ما يملكه بعضها من أموال ، أظهر العمل عدم كفاية التشريعات المتقدمة لاقتصارها على تنظيم طوائف معينة من الجمعيات . وما فتئت الحاجة ماسة الى ايجاد تنظيم عام للجمعيات حتى استجاب لها المشرع بما أورده من أحكام فى القانون المدنى الحالى ، والذى صدر فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ وان لم يوضع موضع النفاذ الا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ «٢» .

فالقانون المدنى اذن هو القانون العام للجمعيات ويجب الرجوع اليه والتقيد بأحكامه الا اذا كان هناك قانون آخر أولى منه بالتطبيق سواء كان ذلك القانون سابقا عليه أو لاحقا له .

(١) اصدرت حكومة زيور فى ٢٧ اكتوبر سنة ١٩٢٥ مرسوما بقانون فى شأن تنظيم الجمعيات والاحزاب السياسية ولكن لم يعمل به - انظر ص ٢٤٧ من « مذكرات فى السياسة المصرية » للدكتور محمد حسين هيكل ، الجزء الاول سنة ١٩٥١ و ص ص ٢٢١-٢٢٥ من كتاب « فى اعقاب الثورة المصرية » للاستاذ عبد الرحمن الرافعى ، الطبعة الاولى سنة ١٩٤٧ . هذا وقد صدر فى ٩ سبتمبر الماضى المرسوم بقانون رقم ١٧٩ لسنة ١٩٥٢ بتنظيم الاحزاب السياسية ولكنه ألقى مؤخرا استنادا الى الاعلان الدستورى الصادر فى ١٧ يناير سنة ١٩٥٣ بحل جميع الاحزاب السياسية ومصادرة اموالها لصالح الشعب وتحديد فترة انتقال لمدة ثلاث سنوات . ولما كان الاعلان الدستورى وكذلك المرسوم بقانون المذكور من قبيل الاحكام الاستثنائية فانهما يخرجان من نطاق هذا البحث .

(٢) راجع المواد ٥٤ - ٦٨ و ٩٧ - ٨٠ من القانون المدنى .

ويؤكد هذا النظر أمران : أولهما أن المادة ٨٠ من القانون المدني نصت على أن الجمعيات الخيرية والتعاونية والمؤسسات الاجتماعية والتقابات ينظمها القانون . وثانيهما أن المشرع صرح في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني بأنه اقتصر على « ايراد قواعد عامة ترسم للجمعيات والمؤسسات الحدود التي ينطلق فيها نشاطها لتحقيق أغراضها ... على أن هذا لايعنى أن القواعد المتقدم ذكرها تستنفد نظام الجمعيات بأسرها ، أو تعتبر دستورا جامعا مانعا ، فللدولة توخيا لحماية السلام الاجتماعى من شوكة بعض الجمعيات أو رعاية لأغراض اقتصادية أن تنظم وجود العمليات بصورة أكثر تفصيلا ، وأن تحد من الأهلية التي يخولها اياها هذا المشروع ، وهذا كان بمقتضى تشريعات خاصة لها صبغتها الادارية أو الاقتصادية أو الاجتماعية . والقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الخاص بتنظيم الجمعيات الخيرية والمؤسسات الاجتماعية ليس بالمثال الوحيد الذى يمكن أن يساق فى هذا الصدد » (١) .

ولم يكن القانون المدني هو آخر ما أصدره المشرع خاصا بالجمعيات . فعفى ٧ سبتمبر سنة ١٩٤٩ صدر القانون رقم ١٩٥٢ بشأن الأندية ، وفى ٢٦ ابريل سنة ١٩٥١ صدر القانون رقم ٦٦ بشأن الجمعيات ذات الأغراض الاجتماعية والدينية والعلمية والأدبية اذا كان عدد أعضائها يزيد على عشرين شخصا طبيعيا » (٢) .

فالقواعد التي تحكم الجمعيات فى مصر منها مايسرى على الجمعيات عموما ويشملها القانون المدني ، ومنها ما يقتصر على تنظيم طوائف معينة من الجمعيات وتتضمنها القوانين المتقدم ذكرها .

(١) انظر ص ٢٧٠ من مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني ، وزارة العدل ، الجزء الاول .

(٢) ويستثنى من احكام القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ ثلاث طوائف من الجمعيات وهى : الجمعيات التى تصدر مراسيم باعتماد نظمها ، وجمعيات النشاط المدرسى ، والجمعيات التى تخضع لقوانين خاصة - انظر المادة الاولى من القانون .

هذا ولحرية تكوين الجمعيات ناخيتان رئيسيتان : احدهما جنائية والأخرى مدنية . فالناحية الجنائية تتصل بمدى مشروعية تكوين الجمعيات أما الناحية المدنية فتتناول حياة الجمعيات القانونية نشأة واقضاء . وفى كلا الناحيتين على السواء يجد المشرع نفسه بين اعتبارين متعارضين يحاول كلا منهما أن ينال من تقديره النصيب الأوفى : الاعتبار الفردى أو الحرية ، والاعتبار الجماعى أو النظام . والمسلك التشريعى السليم هو الذى يفلح فى التوفيق والموازنة بين هذين الاعتبارين . فالمبالغة فى الاطلاق بدعوى الحرية تعرض كيان الجماعة لخطر الفوضى كما أن الاسراف فى التقييد بدعوى النظام يهدد شخصية الفرد وحرية .

فدراسة حرية تكوين الجمعيات تقتضى تفصيل ناخيتها الرئيسيتين . ومن ثم يكون من الملائم أن تقسم هذا البحث الى فصلين نخصص أولهما للنظر الجنائى لحرية تكوين الجمعيات ، والثانى للتنظيم المدنى لتلك الحرية .

الفصل الأول

التنظيم الجنائي لحرية تكوين الجمعيات في إنجلترا

مبدأ الحرية

للأفراد في إنجلترا حق تكوين الجمعيات لا استنادا الى نص قانوني معين وإنما الى عرف مستقر باباحة كل ما لم يرقم في شأنه الحظر . فمن حق الأفراد اذن أن ينشئوا من الجمعيات ما شاءوا وأن يوجهوا نشاطها الى ما عن لهم من أغراض — وذلك من غير اخلال بالقيود التي فرضها القانون .

القيود الواردة على الحرية

يمكن أن تقسم هذه القيود الى طائفتين رئيسيتين : قيود واردة على تأليف الجمعيات ، وأخرى واردة على نشاطها .

أولا — القيود الواردة على تأليف الجمعيات وتمثل في حظر نوعين من الجمعيات :
١ — الجمعيات شبه العسكرية quasi-military organisations

كان من جراء اشتداد الدعوة الى الفاشية على أيدي السير أوز والد موزلي Sir Oswald Mosley وتنظيمه لحملات عدائية ضد اليهود في شرق لندن — أن صدر قانون النظام العام سنة ١٩٣٦ Public Order Act «١» .

(١) انظر : Stephen's Commentaries on the Laws of England, vol. IV, 21st. edit., Lodon 1950, ١٤٠ ص
Ridges E.W., Constitutional Law, 8th. edit., Lodon 1950,

١٩٠ ص
Philips O.H., Constitutional Laws of Great Britain, 6th. edit., London 1947, ٤٨٦ ص

ويحظر هذا القانون الهيئات التي يكون لها - سواء من حيث تنظيمها أو من حيث تدريب أعضائها أو تجهيزهم - صبغة شبه عسكرية ، اذا كان يقصد بها استعمال القوة البدنية لخدمة غرض سياسى معين . ويعاقب القانون كل من يرتدى فى اجتماع أو فى ميدان عام ملابس ترمز الى اشتراكه فى احدى الهيئات السياسية أو تنبىء عن ترويجه لغرض سياسى ما .

ب - الجمعيات غير المشروعة : ويرجع حظرها الى عهد الملك جورج الثالث حين نشأت جمعيات سياسية عديدة بقصد قلب نظام الحكم وتأييد الحركات القومية بين الدويلات الداخلة فى المملكة المتحدة ، اذ صدر قانون الجمعيات غير المشروعة سنة ١٧٩٩ Unlawful Societies Act «١» .

وقد قضى هذا القانون فى مادته الاولى بحل الجمعيات السياسية القائمة حينذاك ووصفها بأنها تكتلات غير مشروعة تناهض الحكومة وتمكر السلام والأمن العام «٢» .

ونص القانون فى مادته الثانية على تحريم الجمعيات التى تتطلب من أعضائها أيمانا غير مشروعة بالمعنى الذى حدده قانون سنة ١٧٩٧ أو التى تحيط بالسرية أسماء أعضائها أو موظفيها أو لجانها أو فروعها . وبمراجعة قانون الإيمان غير المشروعة الصادر فى سنة ١٧٩٧ والمكمل بقانون سنة ١٨١٢ «٣» يبين أنه يعاقب على التعاهد أو التحالف بأية صورة لتحقيق أغراض ذات طابع قتنى أو ثورى ، أو للانضمام الى جمعيات أو هيئات

(١) انظر من ص ١٢٥ - ١٢٨ من Russel W.O., Felonies and Misdemeanors, vol. I, 9th edit., London 1936.

ومن ص ٢٠٩ - ٢١٠ من Halsbury, Laws of England vol. IX, 2nd. edit, London 1933.

(٢) وهذه الجمعيات هى : United Englishmen, United Scotsmen, United Irishmen, United Britons, the London and other Corresponding Societies

Unlawful Oaths Act (٣)

تخدم هذه الأغراض ، أو للتستر على تلك الجمعيات والهيئات ، أو لتأييد أشخاص لا يستمدون سلطتهم من القانون .

ثانيا - القيود الواردة على نشاط الجمعيات : تنقيد الجمعيات في نشاطها أسوة بالأفراد وسائر الهيئات بنصوص قانون العقوبات وتلتزم بمرعاة الحدود التي أقامها .

ويخرج عن نطاق هذا البحث أن نبين هذه الحدود أو نشرح تلك النصوص . على أن ثمة اعتبارات توجب الاهتمام بجريمة بالذات هي جريمة الاتفاق الجنائي أو المؤامرة . فهذه الجريمة قد نشأت في معظم الدول نتيجة لنشاط الجمعيات ، وهي في انجلترا من أكثر الجرائم التي تستهدف لارتكابها الجمعيات .

الاتفاق الجنائي Conspiracy : وينقسم من حيث الغرض المقصود منه الى عام وخاص . فالاتفاق العام هو الذي يقصد به ارتكاب أى فعل غير مشروع أما الاتفاق الخاص فيقصد به ارتكاب الجرائم الخطيرة الموجهة ضد أمن الدولة .

الاتفاق الجنائي العام : يعرف الاستاذ كيني Kenny الاتفاق الجنائي بأنه اتحاد شخصين أو أكثر على ارتكاب فعل غير مشروع سواء كان ذلك الفعل هو غرضهم النهائي أو مجرد وسيلة الى تحقيق ذلك الغرض « ١ » .

(١) راجع في موضوع الاتفاق الجنائي مايلي :

- Kenny C.S., *Outlines of Criminal Law*, 15th. edit.,
Cambridge 1947, ص ص ٣٣٥ - ٣٤٢
Stephen's *Commentaries on the Laws of England*,
vol. IV, ص ص ١٦٥ - ١٦٦
Russel, *Felonies and Misdemeanors*,
vol. II, 9th. edit., London 1936, ص ص ١٤٢٩ - ١٤٦٠
Halsbury, *Laws of England*, vol. IX, ص ص ٤٣ - ٤٨
English and Empire Digest, vol. XIV, London 1924,
ص ص ١١٠ - ١٢٥

فالالاتاق الجنائي يستلزم تعددا في الأشخاص اذ لا يتصور أن ينفرد شخص بالاتفاق مع نفسه . وعلى هذا النحو جرى القضاء على عدم اعتبار جريمة الاتفاق قائمة فيما بين الزوجين لمعاملتهما كشخص واحد وان اعتبرها كذلك اذا انضم اليهما طرف ثالث .

وليس يكفي للعقاب على الاتفاق الجنائي مجرد اتجاه النية الى ارتكاب فعل غير مشروع كما أنه لا يشترط أن يقوم الجناة بعمل يوصل الى تحقيقه ، وانما يجب على الأقل أن يتراضى هؤلاء على ارتكابه ولو لم يستقروا على الكيفية التي يرتكب بها أو يعينوا شخصية المجنى عليه .

على أن الصعوبة تعرض فيما يختص بموضوع الاتفاق الجنائي اذ ما هو المقصود بعدم مشروعيته *Unlawfulness* ؟ ان السبيل الى تحديد ذلك المقصود هو استقراء الاحكام القضائية في هذا الشأن . وثبتت هذه الاحكام عدولا من جانب المحاكم عما كانت تسير عليه في القرنين السابع والثامن عشر من توسع مسرف في تحديد المقصود بعدم المشروعية . كما ثبت أيضا أن المقصود بعدم المشروعية هو مخالفة الفعل للقانون سواء عدت هذه المخالفة في ذاتها جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات او لم تعد كذلك .

الاتفاق الجنائي الخاص : وهو الذي يكون الفرض منه ارتكاب احدى الجرائم الخطيرة الموجهة ضد أمن الدولة ، وتطلق عليه تسمية خاصة تميزها له عن « الاتفاق الجنائي العام » - هي المؤامرة ذات الطابع الفتنى *Seditious Conspiracy* (١) .

ويلزم في الجرائم موضوع الاتفاق الجنائي الخاص أن تتوافر على

(١) انظر ص ص ٣٠٢ - ٣٠٦ من

Halsbury, Laws of England,
vol. IX

و ص ص ١٤٣٦ - ١٤٣٩ من

Russel, Felonies and Misdemeanors, vol II,

قصد اثارة الفتنة Seditious intention • والقضاء مستقر على أن هذا القصد يتحقق في الاحوال الآتية : التحريض على كراهة أو ازدراء الملك أو نظام الحكم أو الدستور أو أحد مجلسى البرلمان أو المحاكم ، التحريض على احداث تغييرات في النظم الأساسية للدولة أو الكنيسة بوسائل غير مشروعة ، التحريض على ارتكاب احدى الجرائم المخلة بالامن العام ، اثارة السخط وعدم الرضا بين الافراد ، وأخيرا اثارة العداوة والبغضاء بين مختلف الطبقات في الشعب •

في فرنسا .

مبدأ الحرية

لم يعترف المشرع الفرنسى للأفراد بحق تكوين الجمعيات الا منذ صدور قانون سنة ١٩٠١ ، وذلك بعد أن انقضت مراحل متعددة تردد فيها بين تقريره وانكاره • فلكى تفهم التنظيم الذى استحدثه قانون سنة ١٩٠١ على الوجه السليم يجدر بنا أن نلم بالمراحل التى سبقتة ومهلت الطريق لتشيدته • ويمكن أن تلخص أهم هذه المراحل فيما يلى :

ما قبل الثورة الفرنسية : لم يكن القانون يعترف بحرية الجمعيات • فمجموعة ميشول سنة ١٦٢٩ Code Michau مثلا حظرت « تكوين هيئات أو جمعيات أيا كانت » وقررت كعقوبة على مخالفة هذا الحظر الاعدام والمصادرة العامة للأموال • ومنشور أغسطس لسنة ١٧٤٩ أكد ذات الحظر وتطلب لنشوء اية هيئة أو جمعية ذات صفة دينية أو غير دينية اذا ملكيا صريحا « ١ » •

عصر الثورة : ليس فى اعلانات حقوق الانسان ولا فى دساتير عصر الثورة أى ذكر صريح لحق تكوين الجمعيات • أما ما نص عليه قانون

١٣ نوفمبر سنة ١٧٩٠ من أن « للمواطنين حق الاجتماع في هدوء وسكينة وحق تكوين الجمعيات الحرة فيما بينهم » فكان خاصا بالاجتماعات réunions « ١ » . وإذا كان المشرع قد أورد اسم الجمعيات الحرة sociétés libres فانما قصد في واقع الامر النوادي السياسية clubs التي كانت آنذاك أقرب الى الاجتماعات منها الى الجمعيات بالمعنى الصحيح .

والحق أن المشرع في عصر الثورة كان يأبى الاعتراف بحق تكوين الجمعيات لتأثره بالفلسفة الفردية النزعة التي شيدتها أقلام كتاب القرن الثامن عشر . ويكفى أن نشير هنا الى مذكره جان جاك روسو في كتابه العقد الاجتماعي من أنه « يجب .. حتى يتسنى الاهتمام الى الارادة العامة ألا توجد جمعيات خاصة sociétés particulières في الدولة وأن يبدى كل مواطن رأيه بنفسه » « ٢ » .

ولم يكن عامل الحرص على تهادى الواسطة بين الدولة والافراد هو وحده الذي حفز المشرع الى حظر تكوين الجمعيات وانما كان هناك عامل آخر لا يقل عنه أهمية واعتبارا . فقدم كان المشرع يرتاب في أمر الجمعيات ويخشى من أن تصبح بفضل توحيدها لجهود أعضائها واخضاعهم لسيطرتها منافسا خطيرا للدولة ذاتها وأداة بطش واعتداء على حريات الأفراد .

مابعد الثورة : ازداد ارتياب المشرع في أمر الجمعيات خلال القرن التاسع عشر وتعاظمت خشيته منها فضمن قانون العقوبات الصادر سنة ١٨١٠ نصوصا تنظم مسئولية تكوينها من الناحية الجنائية .

فقضت المادة ٢٩١ بأن أية جمعية تزيد على العشرين شخصا ويكون الغرض منها الاجتماع يوميا أو في أيام معينة والاشتغال بأمور دينية أو أدبية أو سياسية أو غيرها — لا يجوز تأليفها الا بعد الحصول على ترخيص

(١) راجع ماسبق ان بيناه في المقدمة من اختلاف الاجتماعات عن الجمعيات .

(٢) Contrat Social, liv. II, chap. 3 .

من الحكومة بذلك ووفقا للشروط التي تهرضها عليها • وقررت المواد ٢٩١ - ٢٩٤ كجزاء على مخالفة هذه القيود حل الجمعية وعقاب القائمين على تأليفها وادارتها «١» •

ورغم ما نزعنا اليه النصوص المذكورة من تشدد ظاهر فإن الأفراد لم يعدموا الوسيلة لتفادي تطبيقها • ذلك أنها تطلبت لسرطانها أن تكون الجمعية مؤلفة من أشخاص يتجاوز عددهم العشرين وأن تعقد اجتماعاتها بصورة فيها نوع من الانتظام • فعمد الأفراد الى تأليف جمعيات راعوا فيها أن تقسم الى فروع تحمل أسماء مختلفة ولا يزيد عدد أعضاء كل منها على العشرين ، كما راعوا أن تتجرد اجتماعاتها عن صفة الانتظام بتحديد مواعيد لها تفصل بينها فترات زمنية متباعدة •

وأحسن المشرع بتحايل الافراد على أحكام المادة ٢٩١ عقوبات فأصدر قانون ١٠ ابريل سنة ١٩٣٤ الذي سحب بمقتضاه تلك الأحكام على الجمعيات « ولو اقتصرت الى فروع لا يتجاوز عدد الأشخاص المؤلفين لكل منها العشرين ، ولو لم تجتمع يوميا أو في أيام معينة » • ولم يقنع المشرع بتوسيع نطاق المادة ٢٩١ على هذا النحو بل عزز أحكامها أيضا بفرض العقوبة على أعضاء الجمعية أسوة بالقائمين على تأليفها وادارتها وتشديد العقاب بالنسبة الى هؤلاء عما كان مقررا من قبل «٢» •

ثم كان أن نشبت ثورة سنة ١٨٤٨ فصدر دستور ٤ نوفمبر سنة ١٨٤٨ الذي نص في مادته الثامنة صراحة على أن «للافراد حق تكوين الجمعيات» • على أن الاضطرابات السياسية التي تلت لم تمهل الاتجاه الحر كيما يستقر ويتدعم وانما أفضت الى صدور مرسوم بقانون ٢٥ مارس سنة ١٨٥٢ الذي أوجد تنظيما للجمعيات هو بعث للتنظيم الذي سبق أن فرضته المواد

(١) انظر ص ١٢١ من Garraud R., Traité du Droit Pénal Français, Tome 5, 3ème édit., Paris 1924.

(٢) ص ص ٦٤٠ - ٦٤٢ من Esmein A., Droit Constitutionnel, Tome II, 8ème édit., Paris 1928.

٢٩١ - ٢٩٤ عقوبات وكمله قانون ١٠ ابريل سنة ١٨٣٤ «١» .

فقد حظر المرسوم بقانون الجمعيات السياسية والسرية اطلاقا . أما الجمعيات الأخرى فأجاز تأليفها بدون ترخيص سابق من الحكومة اذا لم يتجاوز عدد أعضائها العشرين ، وتطلب منها في غير ذلك الحصول على ترخيص سابق بتأليفها والتقييد بما تفرضه عليها السلطة العامة من شروط . وقرر المرسوم بقانون كجزء على مخالفة تلك القيود حل الجمعية وعقاب أعضائها والقائمين على تأليفها وإدارتها .

على أنه لم يكن مقدرا لهذا التنظيم بما انطوى عليه من رجعية أن يصمد طويلا أمام تيار التطور الذي سرى في مختلف نواحي الحياة الاجتماعية فبصر المجتمع بمدى افتقاره لنشاط الجمعيات وكشف له عن ضرورة توفير قسط غير قليل من الحرية في تكوينها .

وهكذا لاحت في النصف الأخير من القرن التاسع عشر طلائع تحول جوهري سواء من جانب الحكومة أو من جانب المشرع نحو انصاف الجمعيات . أما الحكومة فقد أظهرت من التساهل في منح التراخيص الخاصة بتأليف الجمعيات ومن الاعتدال في تقدير نشاطها ما أدى الى نشوء كثير منها وازدهار جهودها في شتى الميادين . أما المشرع فقد أصدر قوانين عديدة خول بمقتضاها الأفراد حق تكوين الجمعيات لأغراض معينة دون حاجة الى أخذ ترخيص سابق - نذكر منها على الأخص قانون ١٥ يوليو سنة ١٨٥٢ المكمل بقانون أول ابريل سنة ١٨٩٨ بشأن جمعيات تبادل الاقفاذ ، وقانون ٢١ يونيو سنة ١٨٦٥ بشأن الجمعيات النقاية للملاك ، وقانون ١٢ يوليو سنة ١٨٧٥ بشأن جمعيات التعليم العالي وقانون ٢١ مارس سنة ١٨٨٤ بشأن النقابات المهنية «٢» .

(١) ص ص ٥٦ - ٥٧ من Ducrocq T., Droit Administratif,

Tome VI, 7ème édit., Paris 1905

(٢) ص ص ٢٨١ - ٢٨٣ من مختصر Colliard في الحريات العامة .

على أنه مهما يكن من انصاف الحكومة والمشرع للجمعيات فإن المادة ٢٩١ عقوبات ظلت معمولاً بها وطبقته المحاكم في مناسبات عديدة ولاسيما بالنسبة الى الجمعيات ذات الأغراض السياسية كما حدث سنة ١٨٩٩ حين قضت بطل اتحاد حقوق الانسان *ligue de droits de l'homme* واتحاد الوطن الفرنسي *ligue de la Patrie française*.

منذ سنة ١٩٠١ الى الوقت الحاضر : سجلت المادة الثانية من القانون الصادر في سنة ١٩٠١ مبدأ حرية تكوين الجمعيات فنصت على أن « جمعيات الأشخاص تتكون بحرية ومن غير حاجة الى ترخيص أو اخطار سابق » (١) . وأكدت المادتان ٢٢ و ٢١ مبدأ الحرية بما نصا عليه من حيث نسخ جميع القوانين المناقضة له وخاصة المواد ٢٩١ - ٢٩٤ عقوبات وقانون ١٠ ابريل سنة ١٨٣٤ .

القيود الواردة على الحرية

اولا - القيود الواردة على تاليف الجمعيات : وتتمثل من جهة في حظر قيام بعض الجمعيات اطلاقاً ومن جهة أخرى في حظر قيام البعض من غير ترخيص اداري .

الجمعيات المحظورة اطلاقاً وتشمل نوعين من الجمعيات :

الجمعيات شبه العسكرية : على أثر انتشار موجة الفاشية في معظم الدول سارع المشرع الفرنسي الى اصدار قانون ١٠ يناير سنة ١٩٣٦ في شأن الجماعات المسلحة والقوات الخاصة *groupes du combat et milices privées* . ويجوز وفقاً للمادة الأولى من هذا القانون أن تحل بمرسوم الجمعيات والجماعات التي تحرض على القيام بمظاهرات مسلحة في الطرقات ، أو التي يكون لها صورة التشكيلات شبه العسكرية أو القوات

(١) « Les associations de personnes pourront se former librement sans autorisation ni déclaration préalable »

الخاصة مع استثناء الجمعيات المأذونة من الحكومة بأعداد الافراد للخدمة العسكرية والجمعيات المشتغلة بالرياضة والتربية البدنية ، أو التي يكون الغرض منها المساس بوحدة البلاد أو تهديد نظام الحكم الجمهورى .

وتوجب المادة الثانية مصادرة مايكون في حوزة الجمعيات والجماعات المذكورة من ملابس وشعار وشارات وأسلحة سواء استعملت أو كانت معدة للاستعمال .

جمعيات البغاء associations de malfaiteurs : تحظر المادة ٢٦٥ من قانون العقوبات تأليف جمعيات أو عقد اتفاقات يكون الغرض منها تحضير أو ارتكاب جنابات موجهة ضد الأشخاص أو الأملاك .

وتطبيق هذه المادة يستدعى توافر شروط معينة ويثير مسائل عديدة يحسن ارجاء الكلام فيها لحين تناول جريمة الاتفاق الجنائي .

الجمعيات المحظورة من غير ترخيص اذلى وهى الجمعيات الاجنبية associations étrangères : لم يكن قانون سنة ١٩٠١ يحوى الا اشارة عارضة الى الجمعيات الأجنبية فى مادته الثانية . على أن المرسوم بقانون ١٢ ابريل سنة ١٩٣٩ ألغى هذه المادة وأحل محلها عدة مواد أفرد لها بابا خاصا بها .

وتعرف المادة ٢٦ من القانون الجمعيات الأجنبية بأنها تلك التى تتخذ مركز ادارتها فى الخارج أو يكون مركز ادارتها فى فرنسا ولكن القسامين على ادارتها أو توجيهها بالفعل من الاجانب أو لا يقل عدد الاجانب من أعضائها عن الربع . ويستثنى من المعاملة بالنظام المقرر للجمعيات الاجنبية تلك التى يعترف بأنها ذات هع عام أو التى ينحصر الغرض من تأليفها فى الحث على مراعاة شعائر ديانة ما (المادة ٣٣) .

وتحظر المادة ٢٢ تأليف جمعيات أجنبية أو ممارسة أى نشاط باسمها

في فرنسا الا بعد الحصول على ترخيص سابق من وزير الداخلية . وحيث يخالف هذا الحظر يعاقب القائمون على ادارة الجمعيات بالعس مدة تتراوح بين سنة وخمس سنوات وغرامة تتراوح بين ٢٠٠٠ و ٣٦٠.٠٠٠ فرنك . أما من يشاركون في نشاط الجمعية فيعاقبون بالعس مدة تتراوح بين ستة أشهر وثلاث سنوات وغرامة تتراوح بين ٢٠٠٠ و ١٨٠.٠٠٠ فرنك .

ثانيا - القيود الواردة على نشاط الجمعيات : وتمثل على الأخص في جريمة الاثاق الجنائي أو المؤامرة .

الاتفاق الجنائي العام : تنص المادة ٢٦٥ من قانون العقوبات على أنه « تعد جريمة ضد الامن العام تأليف جمعية - أيا كانت مدتها ومهما كان عدد أعضائها - أو عقد اتفاق يكون الغرض منه تحضير أو ارتكاب جنابات ضد الأشخاص أو الأملاك » .

ولم تكن هذه المادة - عندما سنت سنة ١٨١٠ - تعاقب الا على الجمعيات الجنائية associations التي تتضمن معاني التنظيم والتبعية والاستمرار avoir une organisation hiérarchique et permanente . ومن ثم لم يتيسر عن طريقها العقاب على الجمعيات الفوضوية التي انتشرت على الأخص منذ سنة ١٨٨٥ ، لأن هذه الجمعيات كانت بعيدة عن كل تنظيم أو تبعية أو استمرار « ١ » . وهكذا صدر القانون المؤرخ في ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ الذي وسع من نطاق نص المادة ٢٦٥ بحيث أضحى يعاقب على الاتفاق الجنائي سواء في ذلك اتخذ شكل جمعية بالمعنى القديم أو لم يتخذ وكان مجرد انعقاد العزيمة أو اتحاد الارادة بين شخصين أو أكثر « ٢ » .

(١) من المعروف ان المبادئ الفوضوية لاتسلم بافكار الرياسة او التبعية او التنظيم .

(٢) راجع ص ٣ وما بعدها من مطول جارو في القانون الجنائي ، الجزء الخامس . وص ٦٢٥ وما بعدها من

ويلزم للعقاب على الاتفاق الجنائي أن يكون الغرض منه ارتكاب أو تحضير عدة جنيات ضد الأشخاص أو الأملاك . وهذا ظاهر من سياق النص فضلا عن الاعمال التحضيرية السابقة عليه . فالمادة ٢٦٥ تتطلب في الاتفاق « أن يكون الغرض منه تحضير أو ارتكاب جنيات (في صيغة الجمع) dans le but de préparer ou de commettre des crimes » . ويفهم من الأعمال التحضيرية أنه أريد معاقبة « أولئك الذين يجتمعون لتحضير مجموعة من الأفعال غير المحددة ووسائل ارتكاب تلك الأفعال بصورة عامة لا خاصة »^(١) . وعلى هذا النحو لاتتوافر أركان الاتفاق الجنائي اذا كان موضوعه تحضير أو ارتكاب جناية واحدة أو حتى عدة جنح ومن باب أولى عدة مخالفات .

أما العقوبة المقررة للاتفاق الجنائي فتختلف تبعا لما اذا كان الجاني قد اشترك فيه أو أنه اقتصر على مساعدة الجناة الأصليين . فالمادة ٢٦٦ تقرر كعقوبة أصلية الاشغال الشاقة المؤقتة لكل من يشترك في الاتفاق . والمادة ٢٦٧ تقرر كعقوبة أصلية الحبس مع الشغل لكل من يساعد الجناة الأصليين - عن علم وقصد - بأن يزودهم بوسائل الاتصال أو بمكان للاقامة والاجتماع .

على أنه يعفى من العقاب في الحالتين « كل من أخبر من الجناة السلطات المختصة بوجود الاتفاق أو الجمعية قبل البدء في اتخاذ الاجراءات » . فلا سبيل الى الاعفاء الا حيث يتوافر شرطان : أولهما أن يخبر الجاني السلطات المختصة بوجود الاتفاق أو الجمعية - ولا يتطلب النص الاخبار عن أسماء أعضاء الاتفاق أو الجمعية ، والثاني أن يتم الاخبار قبل البدء في البحث والتفتيش من جانب السلطات المختصة .

الاتفاق الجنائي الخاص : وهو الذي يكون الغرض منه ارتكاب

(١) ص ٦٢٨ من تعليقات جارسون الجزء الاول .

(٢) ص ٢٠ من مطول جارو في القانون الجنائي . الجزء الخامس .

أحدى الجنايات الموجهة ضد أمن الدولة من جهة الداخل والمنصوص عليها في المواد ٨٦ و ٨٧ و ٩١ عقوبات «١» . على أن المادة ٨٦ وكانت خاصة بحماية الامبراطور وعائلته - قد ألغيت ضمنا منذ قيام الحكم الجمهورى في فرنسا . أما المادتان ٨٧ و ٩١ فتعاقبان على أية محاولة جنائية يقصد بها هدم نظام الحكم أو تعديله ، أو حض المواطنين والاهالى على رفع السلاح في وجه الحكومة ، أو اثاره الحرب الاهلية ، أو القيام بأعمال التخريب والغصب والاعتداء في البلاد .

وتقرر المادة ٨٩ عقوبة السجن لكل من يشترك في اتفاق جنائي خاص الا اذا ألحق الأخير بارتكاب فعل أو البدء في فعل بقصد وضعه موضع التنفيذ فتشدد العقوبة الى النفي . أما من يدعو الى اتفاق خاص دون أن تقلل دعوته فيعاقب بعقوبة أصلية هي الحبس مدة تتراوح بين السنة والخمس سنوات .

ويعنى من العقاب أول من يبادر من الجناة الى اخبار السلطات الادارية أو القضائية بالاتفاقات الجنائية الخاصة بشرط أن يتم الاخبار قبل تنفيذها أو الشروع فيها (م ١٠٥) . أما المادتان ١٠٦ و ١٠٧ فيجعلان الاعفاء اختياريا للقاضى في حالتين : بعد تنفيذ الاتفاق أو الشروع في تنفيذه ولكن قبل البدء في البحث والتفتيش ، أو حتى بعد البدء في البحث والتفتيش اذا دل الجانى على الوسائل الموصلة للقبض على الفاعلين أو الشركاء في جريمة الاتفاق الخاص أو في جريمة أخرى تماثلها في الوصف والأهمية .

على أنه يعنى من العقاب بقوة القانون أول من يبادر باخبار السلطات الادارية أو القضائية من الجناة عن الاتفاق بشرط أن يتم الاخبار قبل

(١) يراجع في تفصيل هذه الجنايات ص ص ٥٥٨ - ٥٨٤ من مطول جارو في القانون الجنائي الجزء الثالث . الطبعة الثالثة سنة ١٩١٦ ، ص ص ٢٧-٢١ من مختصر قانون الجنائي الخاص تأليف F. Goyet الطبعة الخامسة . باريس سنة ١٩٤٥ .

تنفيذه أو الشروع في تنفيذه (المادة ١٠٥ عقوبات) • ويجوز للقاضي أن يحكم باعفاء الجاني من العقاب في فرضين : أولهما حيث يتراخى الإخبار الى ما بعد تنفيذ الاتفاق أو الشروع فيه ولكنه يتم قبل البدء في اتخاذ الاجراءات ، والثاني حيث يتراخى الإخبار الى ما بعد البدء في اتخاذ الاجراءات ولكنه يوصل الى القبض على الفاعلين أو الشركاء في الاتفاق أو في جرائم أخرى تماثلها طبيعة وخطورة •

في مصر

مبدأ الحرية

تقدم أن المادة ٢١ من دستور ١٩٢٣ كانت تهدس مبدأ الحرية اذ كفلت للمصريين حق تكوين الجمعيات وتركزت للقانون تنظيم الكيفية التي يستعمل بها هذا الحق •

القيود الواردة على الحرية

اولا - القيود الواردة على تاليف الجمعيات وتشمل في ثلاثة أوجه : أولها حظر قيام بعض الجمعيات اطلاقا ، والثاني حظر قيام البعض من غير ترخيص ادارى ، والثالث حظر عضوية الجمعيات على طوائف معينة من الأشخاص •

الجمعيات المحظورة اطلاقا وتشمل نوعين من الجمعيات :

الجمعيات شبه العسكرية : تقضى المادة الاولى من المرسوم بقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٣٨ بحظر الجمعيات أو الجماعات دائمة كانت أو مؤقتة والتي يكون لها - سواء من حيث تأليفها أو عملها أو من حيث تدريب أعضائها أو نظامهم أو زعيم أو تجهيزهم - صورة التشكيلات شبه العسكرية خدمة لحزب أو مذهب سياسى معين • ولا يندرج تحت هذا الوصف الجمعيات الرياضية وجمعيات التربية البدنية وهيئات الكشفة بالرغم من

ارتداء أعضائها لزي خاص أو حملهم لشعار معين كما صرحت بذلك المذكرة التفسيرية لمشروع المرسوم بقانون .

أما الأسباب التي حثت بالمشروع المصرى الى تقرير هذا الحظر فهي ذات الأسباب التي أدت بالمشروع الفرنسى الى اصدار قانون ١٠ يناير سنة ١٩٣٦ وبالمشروع الانجليزى الى اصدار قانون النظام العام لسنة ١٩٣٦ . وتشير المذكرة التفسيرية فى هذا الشأن الى حرص المشروع على أن يوفر فى مصر « اقرار النظام العام واستتباب السكينة العامة والى أن يكون أهلها بنجوة من أسباب العنف أو الاضطراب التى من شأنها افساد نظم الحكم أو تعطيل أدواته » (١) .

وتعاقب المادة الثانية من المرسوم بقانون كل من يخالف هذا الحظر سواء اقتصر دوره على الاشتراك فى هذه الجمعيات أو الجماعات أو قام بالدعوة للانضمام اليها أو تنظيمها . وعقاب من يشترك هو الحبس من ١٥ يوما الى ستة أشهر أو بالغرامة من خمسة جنيهات الى خمسين جنيها دون اخلال بتوقيع عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر . أما الداعون للانضمام الى هذه الجمعيات أو منظموها فتوقع عليهم ضعف هذه العقوبة .

وتوجب المادة الثالثة — فضلا عن العقوبة المتقدمة — ضبط ومصادرة الملابس والشعار والشارات والأسلحة والمهمات والنقود والأموال التى تستعملها تلك الجمعيات أو الجماعات أو التى كانت معدة لاستعمالها .

الجمعيات الهدامة : أضاف المرسوم بقانون رقم ١١٧ والمؤرخ فى ١٤ أغسطس سنة ١٩٤٦ المادة ٩٨ (١) الى قانون العقوبات بشأن حظر الجمعيات التى يخشى منها على النظام الاجتماعى . وقد حددت المادة هذه الجمعيات بأنها تلك التى ترمى الى سيطرة طبقة اجتماعية على غيرها

(١) الموسوعة المصرية للتشريع والقضاء ، تحت عنوان جمعيات شبه عسكرية ، ص ٢ .

من الطبقات ، أو الى القضاء على طبقة اجتماعية ، أو الى قلب نظم الدولة الاساسية الاجتماعية أو الاقتصادية ، أو الى القضاء على أى نظام من هذه النظم متى كان استعمال القوة أو الارهاب أو أية وسيلة أخرى غير مشروعة ملحوظة فى ذلك .

ويعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لاتزيد على عشر سنين وبغرامة لاقل من مائة جنيه ولا تزيد على الألف كل من أنشأ تلك الجمعيات أو أسسها أو نظمها أو أدارها فى المملكة المصرية . أما من ينضم اليها فيعاقب بالسجن وبغرامة لاقل عن خمسين جنيها ولا تزيد على المائتين الا أن يكون مقرها خارج المملكة المصرية فيعاقب بالحبس وبغرامة لاتزيد على مائة جنيه .

وتوجب المادة ٩٨ (هـ) — فضلا عن العقوبة المتقدمة — حل الجمعيات واغلاق أمكتتها ومصادرة النقود والأمتعة والأوراق وغيرها مما استعمل فى ارتكاب الجريمة .

الجمعيات المحظورة من غير ترخيص ادارى وهى الجمعيات ذات الصفة الدولية :

ترأى للمشرع بعد أن حظر قيام الجمعيات الهدامة أنها قد تعدد الى التستر على أهدافها تحت تشكيلات دولية فنص فى المادة ٩٨ (ح) على حظر قيام الجمعيات أو الهيئات أو الأنظمة التى يكون لها صفة دولية — أيا كان نوعها — أو انشاء فروع لها فى المملكة المصرية من غير ترخيص من الحكومة .

وحيث يخالف هذا الحظر يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر أو بغرامة لاتتجاوز خمسين جنيها كل من أنشأ أو أسس أو نظم أو أدار الجمعية . وتتضاعف العقوبة اذا أعطى الترخيص بناء على بيانات كاذبة . ويعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لاتتجاوز ثلاثين

جنيتها كل من ينضم اليها أو يشترك فيها بأية صورة من غير ترخيص من الحكومة .

وتجيز المادة ٩٨ (هـ) للمحكمة عند الحكم بالادانة حل الجمعيات واغلاق أمكنتها وتوجب عليها مصادرة النقود والامتعة والاوراق وغيرها مما استعمل في ارتكاب الجريمة .

الاشخاص المحظور عليهم عضوية الجمعيات : حدد المشرع طوائف معينة من الاشخاص جعل عضوية بعض الجمعيات محظورة عليهم . وقد ورد هذا التحديد في ثلاثة قوانين .

فالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٤ يحظر العضوية في الجمعيات التعاونية على المحكوم عليهم في اختلاس بالتدليس أو في جناية أو جنحة مخلة بالأمانة أو بالشرف (المادة ٤٤) .

والقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ يحظر العضوية في النوادي على طائفتين من الاشخاص : أولاهما تشمل المحكوم عليهم بعقوبة جنائية أو بعقوبة جنحة في جريمة سرقة أو اختلاس أموال عامة أو اخفاء أشياء مسروقة أو تزوير أو استعمال أوراق مزورة أو نصب أو خيانة أمانة أو تقاليس بالتدليس أو اخفاء مجرمين أو هتك عرض أو فعل فاضح أو تحريض القصر على الفجور والفسق أو ادارة عمل المقامرة أو ادارة بيوت للدعارة السرية أو في احدى الجرائم المنصوص عليها في قانون المخدرات وذلك ما لم يعد اعتبارهم .

والطائفة الثانية تشمل الاشخاص الذين كانوا يشتغلون أو يدبرون محال عمومية أو محال للملاهي وحكم عليهم باغلاقها لاسباب تتصل بالآداب اذا لم يمض على انقضاء العقوبة المحكوم بها خمس سنوات (المادة التاسعة) . وأخيرا فان القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ يحظر العضوية في الجمعيات ذات الاغراض الاجتماعية والدينية والعلمية والادبية (١) على : المحكوم عليهم بعقوبة جنائية أو في سرقة أو اختلاس أموال عامة أو اخفاء أشياء

(١) ويشترط ان يكون عدد أعضائها يزيد على العشرين شخصا طبيعيا - راجع المادة الاولى من القانون .

مسروقة أو تزوير أو استعمال أوراق مزورة أو نصب أو خيانة أمانة أو تقالس بالتدليس أو اخفاء مجرمين أو أية جريمة أخرى مخطة بالشرف أو الآداب أو شروع معاقب عليه قانونا في ارتكاب احدى هذه الجرائم ، وكذلك المحكوم عليهم في الجرائم المنصوص عليها في قانون المخدرات ، والمتشردين والمشتبه فيهم ، والموظفين العموميين والمستخدمين الذين لم تمض خمس سنوات على فصلهم تأديبيا من وظائفهم بفعل من الافعال الماسة بالنزاهة أو المخلة بالشرف أو الآداب ، والقصر (المادة الثالثة) .

وإذا عقدنا مقارنة بين القوانين الثلاثة يتضح أن قانون سنة ١٩٥١ هو أكثرها توسعا في نطاق الحظر اذ ينفرد بشمول حالات شروع المماقب عليه في جرائم الامانة والشرف وطوائف المتشردين والمشتبه فيهم والموظفين والمستخدمين المفصولين تأديبيا والقصر . ويبدو أن الظروف التي صدر فيها هذا القانون هي التي تفسر ما يتضمنه من توسع ملموس في نطاق الحظر . فمن الاوامر العسكرية التي قضى القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٥٠ باستمرار العمل بها لمدة سنة على الاكثر « الأمر رقم ٦٣ الصادر في ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بحل جمعية (الاخوان) الى أن يصدر القانون الخاص بالجمعيات » (المادة الاولى فقرة خامسة) . فمشروع قانون الجمعيات لسنة ١٩٥١ اذن لم يكن مشروعا عاديا بل الاغلب على الظن أن الحكومة قد أخذت بعين الاعتبار حين سنّه أنه يخلف تديبرا استثنائيا أملت اعتبارات شاذة (١) .

ثانيا - القيود الواردة على نشاط الجمعيات : وتشمل على الأخص في جريمة الاتحاق الجنائي .

الاتفاق الجنائي العام : أدخل المشرع المصري الاتحاق الجنائي العام في عداد الجرائم المعاقب عليها بمقتضى القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩١٠ والذي أضاف به المادة ٤٧ مكررة الى قانون العقوبات . ويعزى سن هذا القانون

(١) راجع المناقشات التي دارت بشأن هذا المشروع في مجلس النواب بجلسة ١٨ أبريل سنة ١٩٥١ .

الى ما أسفر عنه نشاط احدى الجمعيات السياسية من مقتل رئيس مجلس
النظار في سنة ١٩١٠ وعدم كفاية النصوص القائمة حينذاك لاعتبار أعضائها
شركاء في القتل «١» .

وتقابل المادة ٤٧ مكررة المادة ٤٨ من القانون الحالي . وتنص هذه
المادة على أنه « يوجد اتفاق جنائي كلما اتحد شخصان فأكثر على ارتكاب
جناية أو جنحة ما أو على الاعمال المجهزة أو المسهلة لارتكابها . ويعتبر
الاتفاق جنائيا سواء كان الغرض منه جائزا أم لا الا اذا كان ارتكاب
الجنايات أو الجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول اليه » .

فيلزم لتوفر الاتفاق الجنائي أن يوجد اتحاد بين شخصين أو أكثر - أى
انعقاد الجريمة أو اندماج الارادة بين عدة أشخاص . فمن جهة لا يتحقق الاتحاد
اذا كان بين الاشخاص مجرد توافق في الخواطر أى اتجاه ارادة كل منهم
مستقلة عن ارادة الآخر نحو غرض واحد . ومن جهة أخرى يكفي أن يتحقق
الاتحاد ولا يشترط فيه أن يكون مكتوبا ولأن يكون منظما أو مستمرا «٢» .

(١) في تفصيل جريمة الاتفاق الجنائي انظر على الاخص :
الموسوعة الجنائية للاستاذ جندى عبد الملك الطبعة الاولى - الجزء الاول .
ص ص ٢ - ٢٥ ، الجزء الثالث . ص ص ١٢٩ - ١٣٥ = الاحكام العامة في
القانون الجنائي للاستاذ على بدوى . سنة ١٩٣٨ . ص ص ٣٠٨ - ٣٢١ =
شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للاستاذين محمد كامل مرسى والسعيد
مصطفى السعيد . الطبعة الثانية . سنة ١٩٤٣ . ص ص ٣٢٠ - ٣٤٧ =
شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات المصرى للاستاذ محمود ابراهيم
اسماعيل . الطبعة الاولى . سنة ١٩٤٥ ص ص ٣٣١ - ٣٤٩ = جريمة
الاتفاق الجنائي في قانون العقوبات المصرى المقارن للدكتور على حسن الشامى
سنة ١٩٤٩ .

(٢) انظر الحكم الصادر من محكمة النقض في ٢٣ يناير سنة ١٩٣٣ .
مجموعة القواعد القانونية في المواد الجنائية لمحمود عمر . الجزء الثالث . رقم
٧٨ - ويمثل هذا الحكم عدولا من جانب المحكمة عما سبق أن سارت عليه
في قضائها من اشتراط أن يكون الاتفاق منظما ولو في مبدأ تكوينه
وأن يكون مستمرا ولو مدة من الزمن على الاقل (راجع نقض ١٥ فبراير
سنة ١٩١٣ . المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية . السنة ١٤ رقم ٥٥ ،
نقض ٣٠ يونيو سنة ١٩١٧ . مج ١٨ رقم ١٠١ ، ونقض ٢٦ يونيو سنة
١٩٢٢ مج ٢٤ رقم ٦٢) .

ويلزم للعقاب على الاتفاق الجنائي كذلك أن يكون الغرض منه ارتكاب أو تحضير عدة جنائيات أو جنح ، أو حتى جنابة واحدة أو بجنحة واحدة . وليس مما يقدح في قيام الاتفاق أن تكون الجنائيات أو الجنح التي يهدف الى ارتكابها أو تحضيرها سياسية أو عادية «١» ، ولا أن يكون الغرض النهائي منه جائزا أو محرما . بيد أنه لا عقاب على الاتفاق اذا ما انصب على المخالفات .

أما العقوبة المقررة للاتفاق الجنائي فتختلف تبعا لأمرين : أحدهما صفة الجاني والثاني الغرض المقصود من الاتفاق أو الوسيلة الموصلة الى الغرض منه .

فمقوبة الشريك هي السجن اذا كان الغرض المقصود من الاتفاق أو الوسيلة الموصلة الى الغرض منه - ارتكاب الجنائيات ، وهي الحبس اذا كان الغرض من الاتفاق هو ارتكاب الجنح أو اتخاذها وسيلة موصلة اليه . أما المحرض أو المتدخل في ادارة حركة الاتفاق فمقوبته الأشغال الشاقة المؤقتة في الغرض الأول ، والسجن في الغرض الثاني .

على أنه في الاحوال التي يكون الغرض من الاتفاق ارتكاب جنابة أو بجنحة معينة عقوبتها أخف من العقوبات المتقدمة فلا توقع عقوبة أشد مما نص عليه القانون لتلك الجنابة أو الجنحة .

ويعفى الجاني من العقاب اذا أخبر الحكومة بوجود اتفاق جنائي وبمن اشتركوا فيه . ويلزم في الاخبار حتى يرتب اعفاء أن يحصل قبل وقوع أية جنابة أو جنحة وقبل بحث الحكومة وتفتيشها عن الجناة ، أو أن يحصل بعد البحث والتفتيش بشرط أن يوصل فعلا الى ضبط الجناة الآخرين .

(١) راجع الحكم الصادر من محكمة النقض في ١٤ ابريل سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية . الجزء الخامس . رقم ٢٤٤ . وقضاء المحكمة مستقر في هذا الصدد كما يتضح على الاخص من الاحكام العديدة التي اشار اليها الاستاذ محمود اسماعيل في مؤلفه السابق ذكره . ص ٣٣٨ .

الاتفاق الجنائي الخاص : لم يفت المشرع المصرى أن يعاقب على الاتفاق الجنائي الخاص منذ اصداره لقانون العقوبات سنة ١٨٨٣ وان أدخل الكثير من التعديلات على النصوص المشتملة عليه حتى انتهت الى صورتها الأخيرة في قانون سنة ١٩٣٧ «١» .

والاتفاق الجنائي الخاص هو الذى يكون الغرض المقصود منه أو سبيل الوصول الى الغرض منه ارتكاب **احدى الجنايات المصرة بالحكومة من جهة الداخل والوارد ذكرها في المادة ٩٦** . وهذه الجنايات هي : الاعتداء على حياة الملك أو حرمة والاعتداء على الملكة أو ولي العهد أو أحد أوصياء العرش (٨٦م) - الشروع في قلب دستور الدولة أو شكل الحكومة أو نظام توارث العرش أو في تغيير شيء من ذلك (م ٨٧) - مهاجمة طائفة من السكان أو مقاومة رجال السلطة العامة في تنفيذ القوانين (م ٨٩) - تخريب مباني أو مخازن ذخائر أو غيرها من أملاك الحكومة عمدا (م ٩٠) - قيادة فرقة أو قسم من الجيش أو الاسطول أو سفينة أو طائرة حربية أو قطعة عسكرية أو ميناء أو مدينة وذلك بغير تكليف من الحكومة أو بغير سبب مشروع (م ٩١) - تعطيل أوامر الحكومة الصادرة بالتجنيد (م ٩٢) - قيادة عصابة حاملة للسلاح أو الاشتراك فيها أو مساعدتها بقصد اغتصاب أو نهب الأراضي أو الأموال المملوكة للحكومة أو لجماعة من الناس أو لمقاومة القوة العسكرية المكلفة بمطاردة مرتكبي هذه الجنايات (م ٩٣ م ٩٤) - التحريض على ارتكاب احدى الجنايات المتقدمة (م ٩٥) .

وتختلف عقوبة الجنائي في الاتفاق الجنائي الخاص تبعاً للدور الذى يقوم به . فمن يشترك فيه يعاقب بالعقوبة المقررة للجناية موضوع الاتفاق . ومن يحرض عليه أو يتدخل في ادارة حركته يعاقب بالاşغال الشاقة المؤبدة

(١) وعلى هذا النحو يكون التشريع المصرى قد اخذ بمبدأ العقاب على الاتفاق الجنائي الخاص قبل الاتفاق الجنائي العام . والوقوف على تفصيل التطور في تشريع الاتفاق الخاص يراجع مؤلف الدكتور علي حسن الشامي السابق ذكره ص ٧ - ١٦ .

(م ٩٦) • أما من يدعو الى الانضمام الى الاتفاق فيعاقب بالحبس اذا لم تقبل دعوته (م ٩٧) •

وتنفي المادة ١٠١ من العقاب الجاني الذي يبادر باخبار الحكومة عن أجرى الاغتصاب أو أغرى عليه أو شاركه فيه بشرط أن يحصل الاخبار قبل ارتكاب الجناية المقصود فعلها وقبل بحث وتهتيش الحكومة عن الجناة، أو أن يحصل بعد البحث والتفتيش بشرط أن يوصل فعلا الى القبض عليهم •

خلاصة مقارنة

يتضح من دراسة حرية تكوين الجمعيات من الناحية الجنائية أن ثمة تنظيما يتوخى أهدافا متماثلة ويصدر عن أسس مشتركة في كل من إنجلترا وفرنسا ومصر •

فقوام التنظيم فيها جميعا الاقرار للافراد بحرية تكوين الجمعيات في الحدود التي لا يهدر معها صالح المجموع • ومقتضى ذلك أن الحرية هي القاعدة وأن الحظر هو الاستثناء •

ولئن كانت الحرية قد ثبتت للافراد في إنجلترا منذ أمد بعيد بمقتضى العرف ، فانها لم تتأكد لهم في فرنسا الا بعد تطور طويل تمخض عن صدور قانون الجمعيات في أول يوليو سنة ١٩٠١ • وفي مصر حرص المشرع على أن يفرد لتلك الحرية نصا في دستور سنة ١٩٢٣ يوفر لها حماية خاصة ويجعلها في مأمن من أن تسمها التشريعات العادية •

وإذا اتقلنا من القاعدة الى الاستثناء ألفينا قيودا تحد من حرية تكوين الجمعيات • وتنقسم هذه القيود بصفة رئيسية الى قيود ترد على تأليف الجمعيات وأخرى ترد على نشاطها •

فبالنسبة الى القيود التي ترد على تأليف الجمعيات نجد انها تتمثل في احدى صور ثلاث : حظر مطلق للجمعيات ، أو حظر لها من غير ترخيص ، أو حظر على الاشخاص الداخلين في تأليفها •

والحظر المطلق ينصرف الى الجمعيات الثورية التي تهدد نظام الحكم أو كيان الجماعة . فالمرجع الانجليزي حظر الجمعيات غير المشروعة سنة ١٧٩٩ سمياً وراء القضاء على الجمعيات السياسية التي استعملت في عهد الملك جورج الثالث . وانتشار الجمعيات القوضوية جعل المشرع الفرنسي على حذرهما سنة ١٨١٠ . وتدهور الاحوال الاقتصادية في أعقاب الحرب العالمية الاخيرة حفز المشرع المصري الى حظر الجمعيات الهدامة سنة ١٩٤٦ . واشتداد الدعوة الى العاشية ألقى الخشية في نفوس المشرعين الثلاثة فعمدوا الى سن قوانين خاصة لمناهضتها بين سنة ١٩٣٦ و سنة ١٩٣٨ .

أما الصورة الثانية للقيود الواردة على تأليف الجمعيات فهي حظر قيامها من غير الحصول على ترخيص اداري بذلك . فالجمعيات الاجنبية في فرنسا والجمعيات ذات الصفة الدولية في مصر لا يجوز انشاؤها الا بعد استئذان الادارة . وظاهر أن المقصود من هذا الاستئذان تمكين الإدارة من الهيمنة على تلك الجمعيات واخضاعها لكل ما تراه لازماً من شروط واجراءات صيانة للمصالح العام .

والصورة الثالثة للقيود التي نحن بصدددها هي حظر عضوية الجمعيات على طوائف معينة من الاشخاص . ولقد اقر المشرع المصري دون المشرعين الانجليزى والفرنسي بإيراد هذا الحظر . ويبدو أن الذي خدا به الى أن يحرم طوائف الاشخاص التي تقدم بياها هو أحد اعتبارين : اما الخشية على نشاط الجمعيات ممن صدرت في حقهم أحكام جنائية أو تأديبية ماسة بالأمانة أو الشرف ، واما الخشية على القصر من نشاط الجمعيات .

وقد يقال بأنه لا مطن على مسلك المشرع المصري من الوجهة الدستورية لأنه انما استند في ايراده حظر العضوية الى المادة ٢١ من دستور سنة ١٩٢٣ التي أذنت له في أن ينظم استعمال حق تكوين الجمعيات .

على أننا نرى أن المشرع قد بالغ في تقرير الحظر . فالسلطة المخولة له بمقتضى المادة ٢١ وان أباحت له تنظيم استعمال الحق لم تسوغ له مصادرة

الحق ذاته بطريق مباشر أو غير مباشر • وفضلا عن ذلك فإن سلطة المشرع في تنظيم قيام الجمعيات وحظر ما يراه منها خطرا على كيان الجماعة - من السعة والكفاية بحيث تجعله في غنى عن أن يهدر حرية الأفراد في الانضمام إلى ما يسمح بوجوده من جمعيات • فحق تكوين الجمعيات يتميز على غيره من الحقوق والحريات بأن أهميته العملية لا تمثل الا حيث يتمخض عن قيام جمعية تمارس نشاطا بالفعل • ولقد بينا آنفا كيف أن المشرع أورد نصوصا عديدة بحظر نشأة الجمعيات التي يرغب عن أهدافها وتعاقب على أى اخلال يمكن أن يتطرق اليه نشاط الجمعيات التي لا يمانع في قيامها •

وعلى ضوء هذا التحليل يمكن أن نتشكك في سلامة القيود التي أوردتها المشرع المصري على عضوية الجمعيات • فدعوى الحماية التي أريد بها تبرير حظر العضوية على القصر غير مقنعة وأولى منها بالترجيح أن الجمعيات الصالحة هي خير معين للشباب على تنمية مداركه وملكانه وتيسير أسباب التجربة والاكتمال له في شتى الميادين • أما عن طائفة المحكوم عليهم فقد يكون من المفهوم أن يحظر المشرع العضوية على من يرتكب منهم اخلالا جسيما يفضي الى الحكم عليه بعقوبة الجناية ، ولكن من غير المستساغ أن يرتب المشرع الحظر على أى اخلال ولو لم يعرض مرتكبه لأكثر من عقوبة المخالفة في احدى الجنح المنصوص عليها - بل ولو لم ينته به لأكثر من جزاء تأديبي بالفصل من الوظيفة العامة •

ورب اعتراض بأن حرمان المحكوم عليه في جناية أو جنحة ان هو الاحرام عارض سرعان ما يزول اذا رد اليه اعتباره بناء على طلبه أو بحكم القانون • بيد أنه بالنظر الى النصوص التي تحكم رد الاعتبار يتضح أن هذا الاعتراض في غير محله • فرد الاعتبار يقتضى استيفاء المحكوم عليه لشروط متعددة أهمها أن تكون العقوبة قد هذت تنفيذها كاملا أو صدر عنها عفو أو سقطت بمضى المدة • وبالإضافة الى ذلك يلزم في رد الاعتبار القضائي أن يكون قد انقضى من تاريخ تنفيذ العقوبة أو صدور العفو

عنها مدة ٦ سنوات اذا كانت عقوبة جنائية أو ثلاث سنوات اذا كانت عقوبة جنحة وضعف هاتين المدتين في حالتى الحكم للعود وسقوط العقوبة بمضى المدة (المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية) • كما يلزم في رد الاعتبار القانونى أن تنقضى مدة ١٢ سنة بالنسبة الى عقوبة الجنائية أو عقوبة الجنحة في جرائم الامانة وفي حالات العود والسقوط بمضى المدة ، ومدة ٦ سنوات بالنسبة الى المحكوم عليه بعقوبة جنحة عموما أو في أية جريمة أخرى (المادة ٥٥٠) •

وبالنسبة الى القيود التى ترد على نشاط الجمعيات فانها عديدة متنوعة وان يكن أظهر ماتمثل فيه جريمة الاتفاق الجنائى •

ولقد رأينا كيف أنه وان اختلف المشرعون الثلاثة في تفصيلات تلك الجريمة الا أن ثمة تقاربا كبيرا بين المشرعين الفرنسى والمصرى ، وأن الجميع قد صدروا عن التمييز بين نوعين من الاتفاق الجنائى : أحدهما عام والآخر خاص • ومناطق التمييز بين النوعين هو الغرض الذى يسعى اليه كل منهما • فبينما الاتفاق العام ينصب على الجرائم العادية ينصرف الاتفاق الخاص الى الجرائم الخطيرة الموجهة ضد أمن الدولة ومن ثم يعاقب بعقوبة أشد •

الفصل الثاني

التنظيم المدني لجمعية الجمعيات

ان أية جمعية تألف لا يتسنى لها أن تحقق الأغراض التي أنشئت من أجلها على الوجه الأكمل إلا اذا تمتعت في الميدان القانوني بالأهلية اللازمة لذلك . فليس يكفي إذن في تنظيم يقوم على توفير حرية تكوين الجمعيات أن يسمح للأفراد بتشكيل الجمعيات بل يلزم أن يكفل لها بمجرد تشكيلها - أو على الأقل بمجرد اشهارها - الأهلية القانونية .

على أن أى تنظيم مدنى لا يحقق الحرية بالمعنى الصحيح الا اذا أمن الأفراد على بقاء واستمرار ما ينشئون من الجمعيات ، فليس يكفي أن يسلم للأفراد بحق حل الجمعيات حسب مشيئتهم بل يلزم ألا يجزى حل جمعياتهم على غير اختيار منهم الا استثناء وتحت اشراف قضائى يصون صوالهم من العبث والتصف .

فالتنظيم المدنى لحرية تكوين الجمعيات اذن يتمثل فى أمرين : تشكيل الجمعيات وحلها . وبستولى فيما يلى دراستها فى كل من انجلترا وفرنسا ومصر .

فى انجلترا

تشكيل الجمعيات

يفرق القانون الانجليزى بين تكوين الجمعيات والاعتراف لها بالشخصية القانونية . ومن ثم يمكن أن تقسم الجمعيات بصورة عامة الى طائفتين :

أ - الجمعيات التى لا تتمتع بالشخصية القانونية
Unincorporated Associations

وهى مجرد عقود تنتج آثارها بين الأطراف المنضمين لها دون أن يكون لها فى نظر المشرع أى وجود قانونى متميز .

ب - الجمعيات ذات الشخصية القانونية Corporations

وهى التى تهر لها الادارة أو السلطة التشريعية بالشخصية القانونية .

ويشتمل هذا الاقرار اما في أمر ملكي يصدر من التاج Royal Charter استنادا الى امتيازاته الأصلية Prerogative Powers أو في قانون يسنه البرلمان .

والبرلمان اذ يسن قانونا قد يقر لجمعية أو لجمعيات بالذات بالشخصية القانونية - في صورة قانون خاص Special Act ، وقد يحدد الشروط التي يمكن لأية جمعية عند استيفائها اكتساب الشخصية القانونية - في صورة قانون عام Public Act . ولعل أهم مثل للقوانين العامة قانون الشركات Company Act الذي سن تنظيميا خاصا للجمعيات سنة ١٩٢٩ واستبقاه عند تعديله سنة ١٩٤٨ .

ومقتضى هذا التنظيم أنه يجوز لوزارة التجارة Board of Trade أن تمنح الشخصية القانونية للجمعيات التي يتقدم أعضاؤها المؤسسون بطلب كتابي لهذا الغرض بشرط أن يكون مصحوبا بإيداع نسختين من نظام الجمعية . ويجب أن يشتمل هذا النظام على بيانات عديدة في مقدمتها اسم الجمعية والغرض منها ومركز ادارتها الذي يتعين أن يكون في إنجلترا أو اسكتلندا (١) .

وليس هناك من قيد يرد على الأهلية القانونية لهذه الجمعيات سوى أنه لايجوز لها أن تملك أكثر من فدانين من الأراضي الا باذن خاص من وزارة التجارة (٢) .

حل الجمعيات

تقضى الجمعيات انقضاء غير اختياري بنفس الطرق التي يتم بها منحها

(١) انظر ص ص ٢٢٩ - ٢٤١ و ص ص ٣٦٤ - ٣٦٥ من Palmer, Company Law, 19th. edit. by A.F. Topham, London 1948.

(٢) لئن قُسمنا الجمعيات بصورة عامة الى طائفتين رئيسيتين فان هذا التقسيم لا يتناق مع وجود بعض الجمعيات التي تتخضع بنصيب محدود من الأهلية القانونية وتعرف باسم Quasi Corporations

الشخصية القانونية • ومن ثم يمكن أن تحل بأمر ملكي استنادا الى امتيازات التاج أو بقانون يسنه البرلمان «١» •

وجدير بالذكر أنه ليس في انطرترا قضاء ادارى على النحو القائم بكل من فرنسا ومصر • فحيث تتمتع الادارة بسلطة تقديرية في منح الجمعيات الشخصية القانونية أو سحبها منها لا يكون ثمة معقب فيما تتخذه من قرارات بصدد ممارسة تلك السلطة •

بيد أن القضاء مستقر في أحكامه على أنه حيث يوجد قانون قد سنه البرلمان لتنظيم استعمال أى سلطات — بما في ذلك منح الشخصية القانونية أو سحبها — لايسوغ للتاج أن يحتج بامتيازاته الأصلية للتحلل من القيود المفروضة قانونا • ولقد جرت المحاكم العادية على أن تبحث في مشروعية أوامر التاج وأن تتمتع عن تطبيقها اذا ماخالفت القانون أو جاوزت الحدود المقررة فيه *Ultra Vires* «٢» •

في فرنسا

تشكيل الجمعيات

يميز قانون سنة ١٩٠١ بين طوائف ثلاث من الجمعيات :

- أ — الجمعيات غير المشهرة •
- ب — الجمعيات المشهرة •
- ح — الجمعيات المعترف بأنها ذات نفع عام •

(١) ص ٥٦٠ وص ٥٦٩ ومابعدهما من تعليقات ستيفن المتقدم ببيانها •
ويراجع في موضوع الشخصية القانونية عموما وما تثيره من صعوبات عملية بالنسبة الى الجمعيات ص ص ٢٧٢ — ٢٨١

Paton G. W., A Text-book of Jurisprudence,
Oxford, 1946.

و ص ص ٢٥٩ — ٢٧٤

Friedman W., Legal Theory, 2nd edit, London 1949

(٢) راجع في تفصيل ذلك ص ص ٧٠ — ٨٤ من

Wade E.C.S. & Philips G. G.,
Constitutional Law, 2nd. edit, London 1937.

١ - الجمعيات غير المشهورة Associations non déclarées

كان قانون سنة ١٩٠١ - وهو في مرحلة المشروع - يوجب على كل جمعية أن تقوم بشهر نفسها وفي مقابل ذلك يقر لها بنصيب من الاهلية القانونية . ولكن المناقشات البرلمانية التي دارت حوله أظهرت ما في الزام المشرع للجمعيات بالشهر على هذا النحو من شذوذ غير مستساغ .

فالجمعية عقد كسائر العقود ينتج آثاره القانونية بمجرد اتفاق الأطراف ذوى الشأن فيه . ولئن كان الشهر شرطاً لاكتساب الجمعية أهلية التعامل مع الغير فإن المنطق يقضى بأن يترك لكل جمعية على حدة حرية الاختيار بين اكتساب الأهلية أو عدم اكتسابها ، ولا معنى لأن تفرض عليها أهلية قد تكون في غنى عنها كما هو الشأن بالنسبة الى بعض الجمعيات الخيرية والأندية ذات النشاط المحدود .

والمشرع لا يعترف للجمعية غير المشهورة بأى وجود قانونى حماية للغير وصونا لحرية التعامل «١» . فليس لها أن تمارس أى تصرف أو تملك أموالاً أو تقاضى أو تقاضى . كما لا يسوغ لها أن تعتمد الى اتباع أساليب ملتوية بقصد فرض مركز قانونى لها والافادة منه . والمادة ١٧ من القانون صريحة فى ابطال جميع التصرفات التى تهدف الى ذلك الغرض بطريق مباشر أو غير مباشر - حال الحياة أو بعد الوفاة - وبعوض أو بغير عوض .

ب - الجمعيات المشهورة Associations déclarées

اجراءات الشهر : نصت المادة الخامسة من القانون على أنه لا تكتسب أية جمعية الأهلية القانونية المنصوص عليها فى المادة السادسة الا اذا تولى أعضاؤها المؤسسون شهرها . واجراءات الشهر فصلت معظمها المادة

(١) حدث فى احوال استثنائية ان اقر المشرع لبعض الجمعيات غير المشهورة بنصيب محدود من الاهلية القانونية مع اخضاعها لشروط خاصة . فقانون ٢٠ مايو سنة ١٩١٦ مثلاً يجيز لجمعيات أعمال الحرب غير المشهورة ان تجمع تبرعات من الجمهور بعد الحصول على اذن خاص بذلك من وزير الداخلية .

الخامسة وتكفلت ببيان الباقي لائحة ١٦ أغسطس سنة ١٩٠١ التي صدرت .
تنفيذا لأحكام هذا القانون «١» .

والمقصود بهذه الاجراءات اعلام الغير بقيام الجمعية وتمكين الادارة من الاشراف على نشاطها . وتتلخص في أن يقدم القائمون على انشاء الجمعية أو ادارتها اخطارا للهيئة الادارية التي يقع في دائرتها مركزها الرئيسى . ويجب أن يشتمل الاخطار على بيان باسم الجمعية والغرض منها ومقر أبنيتها واسم كل من يشترك في ادارتها وصناعته ومحل اقامته ، وأن يكون مصحوبا بإيداع نسختين من القانون النظامى للجمعية . وتلتزم الجهة الادارية باعطاء ذوى الشأن ايضالا يثبت تسلمها للاخطار . وفى ظرف شهر من تاريخ تقديم الاخطار يجب أن تنشر عنه خلاصة فى الجريدة الرسمية ، وعلى الادارة حينئذ أن تدون تلك الخلاصة فى سجلاتها المخصصة للاعمال الادارية حتى يتسنى لكل ذى مصلحة الاطلاع عليها «٢» .

وحيث يطرأ أى تعديل على القانون النظامى للجمعية فإن من واجبهما وفقا للمادة الخامسة اخطار الادارة به . ولقد ذكرت اللائحة التنفيذية حالات بالذات للتغير الذى يمكن أن يطرأ على القانون النظامى وهى تغير الأشخاص القائمين على ادارة الجمعية أو توجيهها ، ونقل مركزها الرئيسى الى غير المقاطعة التى كان يقع فيها ، وتشييدها لإبنية جديدة ، وتملكها أو تصرفها فى عقارات تتطلبها أغراضها أو فى مكان تخصصه لادارتها أو اجتماعاتها (م ٣) . والجمعية ملزمة بأن تدون جميع ما يطرأ من تعديلات وتغييرات فى سجل خاص يكون رهن طلب الادارة أو القضاء للاطلاع عليه . ولا يحتج بأى تعديل أو تغيير على الغير الا اعتبارا من التاريخ الذى

(١) اصدرتها الحكومة بمقتضى السلطة المخولة لها فى المادة ٢٠ من القانون .

(٢) هذه الاجراءات واجبة الاتباع من جانب كل جمعية ترغب فى أن تعامل

بأحكام المادة الخامسة سواء أكانت جمعية ناشئة ام جمعية نشأت ولكنها لم تخطر عن نفسها .

تخطر فيه الإدارة بشأنه .

ويعزز القانون إجراءات الشهور عن طريق فرض جزاءات معينة . فالمادة السابعة (فقرة ثانية) تجيز عند مخالفتها حل الجمعية بناء على طلب النيابة العامة أو كل ذي مصلحة ، والمادة الثامنة (فقرة أولى) تقضى بتوقيع عقوبة على مرتكبي المخالفة هي الغرامة التي تتراوح بين ألفين وأربع وعشرين ألف فرنك وبمضاعفتها في حالة العود .

أهليتها القانونية :

بمجرد أن تقوم الجمعية بإجراءات الشهر تكتسب - بصريح نص المادة السادسة وبدون حاجة إلى إذن من الإدارة - أهلية قانونية محدودة . فيكون لها أن تقاضى الغير باسمها ، وأن تمتلك بعوض أنواعا معينة من الأموال وأن تعوزها وتديرها لحسابها .

وتشمل هذه الأموال فضلا عن الاعانات التي يمكن أن تلتقها الجمعية من الدولة أو إحدى الهيئات الإدارية المحلية ما يلي :

١ - اشتراكات الاعضاء أو المبالغ المحصلة على ذمة الاشتراكات بشرط ألا تزيد بأى حال على عشرة آلاف فرنك . والعلة في تحديد حد أقصى للاشتراكات أو ما يقوم مقامها هي أن المشرع قصد إلى تفويت سعى الجمعيات للحصول على تبرعات تحت ستار اشتراكات مبالغ فيها .

٢ - المكان المخصص لإدارة الجمعية أو لاجتماع أعضائها .

٣ - العقارات التي لاغنى عنها أصلا *strictement nécessaires* في سبيل تحقيق أغراض الجمعية .

ويستفاد من سياق المادة السادسة ومن الأعمال التحضيرية السابقة عليها أن الحقوق المسموح للجمعيات المشهرة بمباشرتها وإرادة على سبيل الحصر ، ومن ثم لايسوغ التوسع في تفسيرها . فلتن كان للجمعية أن تمتلك بعوض الأموال المتقدم بيانها فليس لها أن تمتلك عقارا أو منقولا

بغير مقابل ، ولا حتى أن تملك بعوض عقارات غير لازمة لتحقيق أغراضها •

وحيث تخالف الجمعية أحكام المادة السادسة فانها لاتعرض للحل أو المسؤولية الجنائية كما هو الشأن بالنسبة الى مخالفة اجراءات الشهر ، ولكن جميع التصرفات التي توصل الى ارتكاب المخالفة بطريق مباشر أو غير مباشر تقع باطله ولا يترتب عليها أى أثر قانونى وفقا لما تقضى به المادة ١٧ •

على أنه مهما يكن التفسير حصريا للمادة السادسة فان ثمة حقوقا لايتصور انكارها على الجمعية المشهرة لانها نتيجة لازمة وتحصيل حتمى للحقوق التى أقر لها بها المشرع • فحق التقاضى مثلا يفترض تخويل حق اجراء صلح قضائى وحق ادارة العقارات يتضمن حق صيانتها وترميمها وهكذا •

ح - الجمعيات ذات النفع العام

Associations reconnues d'utilité publique

اجراءات الاعتراف بالجمعية : لا بد لاية جمعية تريد أن يعترف بها من أن تستوفى اجراءات عديدة فصلتها اللائحة التنفيذية لقانون سنة ١٩٠١ • واذا ما تأكدت الادارة من توافر الجمعية على الشروط التى يتطلبها القانون واطمأنت الى تمام استيفائها للاجراءات المنصوص عليها ، فانها تصدر مرسوما décret تعترف لها بمقتضاه بأنها من الجمعيات ذات النفع العام •

اهليتها القانونية :

تتمتع الجمعيات ذات النفع العام بأكبر نصيب من الاهلية القانونية فلها طبقا للمادة الحادية عشرة من القانون ان تباشر كل التصرفات المدنية التى لاتحظرها قوانينها النظامية بشرط مراعاة قيدين رئيسيين : أولهما أنه لايجوز لها أن تحوز أو تملك سوى العقارات الضرورية لتحقيق أغراضها وثانيهما أنه وان ساغ لها أن تحوز أو تملك من المنقولات ما شئت فيجب

أن تراعى في استغلالها أن تكون قيما اسمية *valeurs nominatives* ولكل من القيدين حكمة استهدفها المشرع . فقد حفزه الى فرض أولهما خشيته من تضخم مالية الجمعيات ودرء ما يمكن أن يفضى اليه ذلك في نظره من حبس الاموال عن دائرة التعامل . وقصد من وراء القيد الآخر الى تمكين الادارة من الاشراف على كيفية استغلال الجمعيات لاموالها المنقولة فضلا عن حماية الجمعيات ذاتها ضد تبديد تلك الاموال .

على أن أظهر ما خص به القانون الجمعيات ذات النفع العام من ميزات قانونية هو السماح لها بقبول الهبات والوصايا في الحدود التي نصت عليها المادة ٩١ من القانون المدني والمادة الخامسة من قانون ٢ فبراير سنة ١٩٠١ . ولقد قضت هاتان المادتان بضرورة الحصول على اذن من الادارة لقبول أية جمعية الهبات أو الوصايا . ويكون من اختصاص الهيئة الادارية المحلية أن تصدر قرارا بالموافقة اذا كان موضوع الهبة أو الوصية مالا منقولاً أيا كانت قيمته أو عقارا لا تتجاوز قيمته ثلاثة آلاف فرنك . وفي غير تلك الاحوال يلزم صدور اذن من الادارة في شكل مرسوم بعد استشارة مجلس الدولة . *décret en Conseil d'Etat*

وحيث توهب الجمعية أو يوصى لها بعقارات غير لازمة لتحقيق أغراضها فان الهبة أو الوصية تتم صحيحة ولكن يتعين على الجمعية حينئذ أن تتصرف في تلك العقارات وفقا لما يحدده المرسوم أو القرار الإداري من موعد واجراءات . أما الحصيلة النقدية الناتجة عن التصرف في تلك العقارات فانها تكون من حق الجمعية وتؤول الى خزائنها .

هذا وتحظر المادة الحادية عشرة على الجمعيات قبول الهبات المشروطة بانتفاع الواهب بشار الموهوب سواء كان عقارا أو منقولاً . والخطر على هذه الصورة مقصود به رعاية أفراد عائلة الواهب الذي لا يجد غضاضة في تضحية مصالحهم بينما يأبى أن يتأثر صالحه هو بالهبة .

صورة خاصة للجمعيات ذات النفع العام

الجامع الدينية Congrégations religieuses : ليس في نصوص القانون تعريف للمجامع الدينية . على أنه يؤخذ مما استقر عليه قضاء المحاكم ان المجمع الديني هو جمعية تضم أشخاصا تعاهدوا على العيش معا بمقتضى قسم ديني مشترك في ظل القواعد التي ترضيها لهم كنيستهم «١» .

وقد تقتصر أهداف المجمع الديني على تهيئة معيشة مشتركة لاتباعها ، وقد تتجاوزها الى القيام بألوان مختلفة من النشاط الذي تدعو اليه الأديان كالوعظ والارشاد ونشر التعليم ومساعدة الفقراء والعناية بالمرضى . وبالرغم من أنه ليس من شأن تلك الأهداف أن تثير هواجس الدولة أو أن تحملها على الحذر والاحتراس ، فإن أكبر ما يتسم به تاريخ المجامع الدينية هو تشدد السلطات الحاكمة ازاءها واخضاعها للعديد من التشريعات المقيدة . ومرد هذا التشدد أن الدولة تخشى من وجود المجامع الدينية على وجه الاستمرار وهيمنتها على أتباعها هيمنة تكاد تعمد سلطان الدولة وتعتل ما يجب لها عليهم من ولاية وحقوق .

اهليتها القانونية : سجلت المادة الثالثة عشرة من قانون سنة ١٩٠١ نظرة المشرع المتشددة ازاء المجامع الدينية اذ قضت بإبقائها خاضعة لنظام الاذن السابق ، بل وتطلبت في الاذن أن يصدر بناء على قانون يحدد الشروط التي يلتزم المجمع بمراعاتها .

على أن ثمة تعديلا جوهريا قد طرأ على حكم المادة الثالثة عشرة فجعل المجامع الدينية أقرب ما تكون الى الجمعيات ذات النفع العام من حيث المركز القانوني . فمنذ صدور قانون ٨ ابريل سنة ١٩٤٢ أضحي من الجائز للمجامع الدينية - أسوة بالجمعيات العادية - أن تكون من غير حاجة الى اذن سابق . بيد أنها لا تتمتع بالاهلية القانونية الا اذا تم الاعتراف بها بمقتضى مرسوم يصدر بعد استشارة مجلس الدولة .

(١) انظر ص ٣٩٠ من مختصر Colliard في الحريات العامة .

حل الجمعيات

كان طبيعيا والمشرع بصدد تسجيل حرية تكوين الجمعيات - أن ينظم الاقضاء غير الاختيارى على نحو يحمى نشاط الافراد من التعسف .
فسن نصوصا حدد فيها الحالات التى تسوغ حل الجمعيات وتطلب عرض الامر على القضاء تمحيصا لمسوغات الحل وصونا للجمعيات من استبداد الادارة .

والحل القضائى *dissolution judiciaire* وارد ذكره فى المادة السابعة من القانون . وله حالتان يكون فى أحدهما الزاميا للقاضي وفى الثانية تخييريا موكولا الى تقديره .

فهو الزامى اذا كانت الجمعية باطلة لاحد الاسباب المنصوص عليها فى المادة الثالثة وهى تاسيسها بالاستناد الى سبب مخالف للقوانين أو الآداب العامة ، أو الى غرض غير مشروع ، أو بقصد تهديد سلامة الاقليم القومى أو الشكل الجمهورى للحكومة . وتختص المحكمة المدنية حينئذ باعلان الحل بناء على طلب كل ذى مصلحة أو النيابة العامة ، ويجوز لها أن تامر باغلاق محلات الجمعية ومنع أعضائها من الاجتماع فى جميع الاحوال .

وهو تخييرى اذا كان القائمون على تاسيس الجمعية لم يرعوا اجراءات الشهر المنصوص عليها فى المادة الخامسة . وتختص المحكمة المدنية فى هذه الحالة أيضا باعلان الحل بناء على طلب كل ذى مصلحة أو النيابة العامة .

فالقاعدة فى قانون سنة ١٩٠١ اذن هى ان الادارة لاتملك حل الجمعيات وانما الذى يختص بذلك هو القضاء بعد أن يستوثق من قيام أحد المسوغات التى تكفل القانون بتحديددها .

على أن القانون ذاته قد أورد على تلك القاعدة استثنائين : أحدهما بشأن المجامع الدينية والآخر بشأن الجمعيات الأجنبية . فالمادة الثالثة عشرة تخول الادارة سلطة حل المجامع الدينية بمقتضى مرسوم بعد استشارة مجلس

الدولة • والمادة ٢٤ تنص على أن للإدارة أن تسحب — بمقتضى مرسوم — الاذن الصادر بتكوين أية جمعية أجنبية •

وفضلا عن هاتين الحالتين توجد استثناءات صدرت بها قوانين وأوامر خاصة : فقانون ١٠ يناير لسنة ١٩٣٦ والامر المؤرخ في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مثلا يجيزان للإدارة — بمرسوم يصدر بعد موافقة مجلس الوزراء — حل أنواع معينة من الجمعيات والتنظيمات كالتي تعرض على المظاهرات المسلحة أو التي لها صفة شبه عسكرية أو التي تهدف الى تهديد سلامة الاقليم القومى أو الشكل الجمهورى للحكومة • والامر المؤرخ في ٩ أكتوبر سنة ١٩٤٣ مثلا يخول الادارة سلطة حل الجمعيات الرياضية وتنظيمات الشباب في أحوال معينة عن طريق قرار يصدره وزير الداخلية •

وخلاصة القول أن حل الجمعيات موكول أساسا الى القضاء واستثناء الى الادارة • على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا التمييز أن المجال منفسح أمام الادارة للتحكم في الجمعيات والتعسف في حلها • فالمستقر في قضاء مجلس الدولة أن القرارات الصادرة من الادارة بحل الجمعيات تخضع لولايته الكاملة «١» •

في مصر

قبل أن يتولى المشرع تنظيم الجمعيات كانت المحاكم تختلف في تقديرها من حيث الاعتراف لها بالشخصية المعنوية • ففى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٠١

(١) يراجع على الاخص :

الحكم الصادر في قضية الحزب الوطنى الشعبى بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٣٦
Cons. d'Etat, D.P. 1937. 3.14.

والحكم الصادر في قضية الجمعيات الاشتراكية الفرنسية بتاريخ
١٧ يوليو ١٩٣٦

Cons. d'Etat, D.P. 1936.3.77.

قضت محكمة أسبوط الكلية «١» بأن الجمعيات التي يقصد بها الاستفادة الكسب من الأموال المشتركة - أى الشركات - هي التي لها دون غيرها من الجمعيات الشخصية المعنوية . ومن ثم ذهبت الى أنه ليس للجمعية التي يكون القصد منها الاعمال الخيرية شخصية معنوية وليس لها أن توكل أحد أعضائها في النيابة عنها أمام القضاء .

وفي ٢٧ يناير سنة ١٩٢٥ قضت محكمة الموسيقى الجزئية «٢» بأن الجمعيات ليس لها مبدئيا وجود قانوني لأن الأصل هو أن الاشخاص الحقيقيين هم الذين يكونون أصحاب الحقوق . فالجمعيات التي هي هيئات غير حقيقية أى غير مادية لا يكون لها وجود قانوني الا اذا كان القانون قد منحها الشخصية الاعتبارية أو على الأقل - اذا كانت هذه الشخصية الاعتبارية يجب أن توجد بعد تشكيل الجمعيات للضرورة أو المصلحة العامة كما يقول البعض فإن من اللازم صدور قانون يعترف بهذه الشخصية ليكون لهذه الجمعيات وجود قانوني . وفرت المحكمة على ذلك بأنه نظرا لعدم صدور قانون يمنح الشخصية المعنوية للنادى السعدى لا يكون له وجود قانوني ولا يصح لأحد أن يمثل بل يجب أن تكون معاملاته وتقاضيه باسم أعضائه كلهم أو بواسطة وكيل لهم .

على أن محكمة مصر الابتدائية الاهلية «٣» قضت بإلغاء هذا الحكم فى ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ استنادا الى أن تكوين النادى السعدى يجعله فى عداد الجمعيات التي لاتسمى وراء الربح والى أن الدستور أباح فى المادة ٢١ للمصريين حق تكوين هذه الجمعيات . ورأت المحكمة أنه وان لم يصدر قانون يبين كيفية استعمال هذا الحق الا أنه يجب الاعتراف لتلك الجمعيات بالشخصية المعنوية التي لاغنى عنها للقيام باعمالها الضرورية لكيانها مادامت قد تكونت لغرض مباح وبنظام يجعل لها ذاتية مستقلة عن ذاتية الأعضاء

(١) المجموعة الرسمية . السنة الرابعة . رقم ٧ ص ١٤ .

(٢) المحاماه . السنة الخامسة . رقم ٣٠٥ ص ٢٥٦ .

(٣) المحاماه . السنة الخامسة . رقم ٦١٨ ص ٧٥٠ .

المكوّنين لها .

وتتمثل في هذا الحكم وجهة النظر التي سبق أن حيزتها غالبية المحاكم الاهلية والمختلطة حتى قدر لها أن تسود وتستقر في قضائها على السواء .
ويكفى أن نشير على سبيل المثال الى الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الاهلية «١» في ٣ مارس سنة ١٩١٥ والحكم الصادر من محكمة اسكندرية المختلطة «٢» في ١٩ مارس سنة ١٩٢٣ «٢» .

والحكم الاول مؤسس على أن القوانين المصرية لم تنعزص لذكر الجمعيات التي لا يكون الغرض منها الكسب والمراوحة فينبغي لمعرفة ما اذا كان انشاء هذه الجمعيات أمرا مباحا أم لا أن يرجع الى أصول القانون العام والحقوق الطبيعية للانسان وهذه وتلك تدل على أنه ما دامت الأغراض التي تسعى اليها هذه الجمعيات غير مخالفة للنظام العام فانشاؤها صحيح ومعتبر قانونا . ومتى أنشئت هذه الجمعيات أصبحت لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الأعضاء . وهذا الشخص المعنوي يتمتع بالحقوق القانونية العامة والسلطة الممنوحة له بمقتضى لائحة الانشاء فله بواسطة النائب عنه أن يتعامل مع الغير ويتقاضى معهم أسوة بالشركات المدنية والتجارية .

وأكّد الحكم الثاني حق كل جمعية تالفت في مصر ولها مصالح خاصة

(١) الشرائع . السنة الثانية . رقم ٢٢٥ ص ٢١٤ .

(٢) قضية مدارس الفرير ضد جروس - المحاماه . السنة الخامسة .

رقم ١٤٩ ص ١٦٣ .

(٣) اشارت مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني في الجزء الاول ص ٣٧١ - الى احكام عديدة في هذا المعنى نوردّها فيما يلي : استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ ب ٢١ ص ٢١٥ فيما يتعلق بجمعية هومير ، ١٢ مايو سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ٣٤٨ فيما يتعلق باتحاد البوغازجية ، ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٢٥٩ فيما يتعلق بيورصة البضائع في الاسكندرية و ٩ يونيو سنة ١٩٢٧ ب ٣٩ ص ٥٤١ فيما يتعلق بالفود - ومصر الاهلية ٢٥ يوليو سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ٢٠٣ ، واسكندرية الاهلية استئناف ٩ سبتمبر سنة ١٩١٣ مج ر ١٦١٤ سنة ١٥ رقم ١٢ فيما يتعلق بقانون موظفي بلدية الاسكندرية ، ومصر الاهلية استئناف ٢٥ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماه ٥ ص ٧٥٠ فيما يتعلق بالنادي السعدي ومحكمة جنابات الزقازيق ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٨ مج ر سنة ٢٩ رقم ٨٣ فيما يتعلق بجمعية الرفق بالحيوان .

مستقلة - أو يمكن أن يكون لها مصالح خاصة مستقلة متميزة عن مصالح أعضائها ، وبصفة كونها شخصا أدبيا يحق لها الخصومة باسمها أمام القضاء . فالجمعيات الخيرية التي تالفت في مصر وحصلت على امتيازات سياسية تملك الخصومة باسمها على اعتبار أنها شخص أدبي .

غير أنه مهما يكن موقف القضاء قبل تدخل المشرع لم يعد ثمة مجال للزيتهاد بعد أن تولت التشريعات المختلفة تنظيم الجمعيات . وتم نصوص القانون المدني على الأخص عن تأثير المشرع المصري الى حد كبير بنصوص قانون الجمعيات الفرنسي لسنة ١٩٠١ . فلقد تقدم أن القانون الفرنسي يميز بين طوائف ثلاث من الجمعيات : جمعيات غير مشهورة لا يقر لها بأى وجود قانوني ، وجمعيات مشهورة تتمتع بأهلية محدودة ، وجمعيات معترف بأنها ذات هع عام تتمتع بأهلية تكاد تكون كاملة .

ويمكن أن نلمس الروح العامة لهذا التنظيم في القانون المصري . فالمادة ٥٨ مدني تنص في فقرتها الاولى على ان الشخصية الاعتبارية تثبت للجمعية بمجرد انشائها ولكنها تستدرك في فقرتها الثانية فلا تجيز الاحتجاج بهذه الشخصية قبل الغير الا بعد أن يتم شهر نظام الجمعية . والمادة ٧٩ تجيز للجمعيات التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة اعتماد نظامها كهيئة تقوم بمصلحة عامة .

يتحصل من هاتين المادتين أن القانون المصري قد سار على منوال القانون الفرنسي فميز بين طوائف ثلاث من الجمعيات وهي كما يلي :

١ - الجمعيات غير المشهورة

وتثبت لها الشخصية الاعتبارية بمجرد انشائها بكل ما يستتبع ذلك من آثار فيما بين أعضائها دون أن يجوز لهؤلاء الاحتجاج بها على الغير .

وعلى هذا النحو تكون لها ذمة مالية مستقلة ، وأهلية في الحدود التي يمينها نظامها ، وحق التقاضى ، وموطن مستقل ، ونائب يعبر عن ارادتها (المادة ٥٣ مدني) . ولكن لا تكون لها حقوق ملكية أو أية حقوق أخرى

على عقارات الا بالقدر الضروري لتحقيق الاغراض التى أنشئت من أجلها .
يبد أن هذا الحظر لايسرى بالنسبة الى الجمعيات التى لايقصد منها غير
تحقيق غرض خيرى أو تعليمى أو القيام ببحوث علمية (المادة ٥٧) .

ولا تنشأ الجمعيات فى نظر القانون الا اذا وضع لها نظام مكتوب
وموقع عليه من الاعضاء المؤسسين ومشمئل على البيانات الآتية : اسم
الجمعية والغرض منها ومركز ادارتها بشرط أن يكون هذا المركز فى مصر ،
اسم كل من الاعضاء المؤسسين ولقبه وجنسيته ومهنته وموطنه ، موارد
الجمعية ، الهيئات التى تمثلها واختصاصات كل منها وطرق تعيين الاعضاء
الذين تتكون منهم هذه الهيئات وطرق عزلهم ، والقواعد التى تتبع فى
تعديل نظام الجمعية .

وحيث تنشأ الجمعية نشأة غير صحيحة أو بطريقة سرية فان القانون
يحمى الغير الذى تعامل معها اذ ينص على بقاء الجمعية ملتزمة بما تعهد به
مديرها أو العاملون لحسابها ويجز تنفيذ هذه التعهدات على مالها سواء
أكان ناتجا عن اشتراكات أعضائها أم كان من أى مورد آخر (المادة ٥٩/٣) .

ب - الجمعيات المشهرة

اجراءات الشهر : تنص المادة ٥٩ على أن الشهر يتم بالطريقة التى
يقررها القانون . ويستفاد من الاعمال التحضيرية للمادة ٥٨ أن الاتجاه كان
نحو تنظيم اجراءات الشهر بحصول القيد فى السجل التجارى للمحافظة أو
المديرية التى يقع فيها المركز الرئيسى للجمعية . على أنه لم يقدر لهذا
الاتجاه أن يؤخذ به اكثفاء بأن شهر الجمعيات يتم تسجيلها فى سجلات
وزارة الشؤون الاجتماعية . وقد صدر مؤخرا القانون رقم ٤ والمؤرخ فى ١٣
يناير سنة ١٩٥٢ بتنظيم شهر الجمعيات والمؤسسات فأوجب فى مادته الاولى
شهر نظمها وكل تعديل فى هذه النظم بالقيد فى سجل يعد لذلك فى وزارة
الشؤون الاجتماعية ما لم يكن الشهر قد نظم بقانون خاص . وتفصيل
اجراءات هذا الشهر وارد فى المواد ٢ - ٤ من القانون . وتتلخص الاجراءات

في تقديم طلب القيد (أو تعديل النظام) من ممثل الجمعية ويرفق به نسختان من النظام موقعتان من مؤسس الجمعية (أو نسختان من التعديل موقعتان منه وكذا نسخة من محضر جلسة الهيئة التي تم فيها التعديل) • ويتم القيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب ويسلم لدى الشأن شهادة بالقيد واحدى نسختي النظام (أو التعديل) مؤشرا عليها بحصوله • وحيث لا يكون طلب القيد مستكملا بشروطه يعاد خلال الثلاثين يوما الى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه ومبينة فيه أوجه النقص •

اهليتها القانونية :

تتمتع الجمعيات المشهرة بالشخصية المعنوية ليس فيما بين أعضائها فحسب بل كذلك قبل الغير • ولا يرد على أهليتها القانونية من قيد سوى حظر حيازة أو تملك العقارات الا بالقدر الضروري لتحقيق الأغراض التي أنشئت من أجلها — وهو قيد لا يسرى على الجمعيات التي لا يقصد منها غير تحقيق غرض خيرى أو تعليمى أو القيام ببحوث علمية (المادة ٥٧) •

وحماية للغير من تستر الجمعيات وتحيلها على أحكام القانون نصت المادة ٥٩ على أن إهمال الجمعية للشهر أو تهريبها بأية وسيلة من اثبات وجودها رسميا لا يمنع الغير من التمسك ضدها بالآثار المترتبة على الشخصية الاعتبارية ولا من التنفيذ على مالها — أيا كان مورده — بما يكون مديرها أو العاملون لحسابها قد تمهدوا به من التزامات •

صور خاصة للجمعيات المشهرة

١ — الجمعيات التعاونية : وتعرفها المادة الاولى من القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٤ بأنها التي تكون غايتها تحسين حالة أعضائها من الوجهة المادية في مسائل وأعمال الرى والصرف وبناء المساكن بقليل النفقات أو ما شاكل ذلك بواسطة اشتراك جمهورهم متبعة في ذلك المبادئ التعاونية • ويشترط في نشأتها ألا يقل عدد أعضائها عن عشرة (المادة الثالثة) •

اهليتها القانونية: لاثبتت للجمعيات التعاونية الشخصية المعنوية الا اذا شكلت وسجلت وفقا للقانون . ويكون لها حينئذ قبول الهبات والوصايا والاتقاف بالاوقاف المحبوسة عليها (المادة ٤٢) .

ولا تعد الجمعية مؤلفة الا اذا قامت مصلحة التعاون بتسجيلها في سجل خاص معد لذلك (المادة ١٣) وبشر ملخص نظامها في نشرة تصدرها في الجريدة الرسمية (المادة ١٥) . وتتلخص اجراءات التسجيل في أن يرسل المؤسسون الى مصلحة التعاون نسختين من عقد التأسيس ونظام الجمعية موقعا عليهما منهم جميعا ومصدقا فيهما على امضاءاتهم تصديقا رسميا . ويجب أن يشتمل كل من عقد التأسيس ونظام الجمعية على بيان واف عن حالة الجمعية حسب ما هو مطلوب في المادتين التاسعة والعاشر من القانون .

فان لم تعترض مصلحة التعاون على نظام الجمعية خلال شهرين من تبليغها به اعتبرت الجمعية قائمة ووجب تسجيلها . وان رأتها غير مطابق لاحكام القانون وجب عليها اعادته الى المؤسسين قبل اقضاء شهرين من تبليغها به مشفوعا ببيان أسباب الرفض . وللمؤسسين في هذه الحالة أن يرفعوا الامر بعريضة الى المحكمة الابتدائية الكائن في دائرة اختصاصها مركز الجمعية . وعلى المحكمة بعد سماع ملاحظات المصلحة أن تبث فيه بطريق الاستعجال وبدون مصاريف ويكون حكمها غير قابل لأي وجه من وجوه الطعن (المادة ١١) .

٢ - **الجمعيات الخيرية:** تعرف المادة الاولى من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ الجمعية الخيرية بأنها كل جماعة من الافراد لاتقصد الى ربح مادي وأنها تسعى في حدود النظام العام والآداب الى تحقيق أغراض البر سواء كان ذلك عن طريق المعاونة المادية أو الادبية .

اهليتها القانونية: لاثبتت للجمعيات الخيرية الشخصية المعنوية الا اذا شكلت وسجلت وفقا للقانون . ويتولى تسجيلها ونشر قرار تسجيلها في الجريدة الرسمية وزارة الشؤون الاجتماعية بناء على طلبها بشرط أن ترفق

به الاوراق المثبتة لحالتها حسب ما هو مبين في المادتين الثالثة والرابعة من القانون .

فان لم تعترض الوزارة على الطلب خلال ستين يوما من تاريخ تقديمه وقع التسجيل بحكم القانون . وان رآته غير مطابق لاحكام القانون وجب عليها اعادته الى ذوى الشأن قبل اقضاء ستين يوما على تلقيها له بكتاب مسجل تبين لهم فيه أوجه النقص . ولهؤلاء في هذه الحالة الطعن في قرار الوزارة برفض التسجيل أمام المحكمة الابتدائية الواقع في دائرة اختصاصها مركز الجمعية وذلك في خلال ثلاثين يوما من تاريخ اخطارها بالقرار . ويكون حكم المحكمة في هذا الطعن نهائيا ويقوم مقام قرار التسجيل نفسه وينشر في الجريدة الرسمية بدون مقابل (المواد ٢ و ٦ و ٧) .

وجدير بالذكر أن المادة ١٥ تحظر على الجمعيات غير المسجلة جمع تبرعات الا في حدود الاغراض التي تعمل لها وبعد الحصول على ترخيص من وزير الشؤون الاجتماعية قبل بدء الجمع بشهر على الاقل . ويجوز للوزير أن يرخص بالبدء في جمع التبرعات قبل مضي الشهر في حالات الاغاة المستعجلة . وما لم يرفض الوزير الترخيص قبل اقضاء ثلاثين يوما من تاريخ وصول الطلب عد الطلب مقبولا . أما اذا رفض الترخيص فيتعين عليه ابداء الاسباب .

٢ - **الجمعيات الخاصة للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ :** وهي الجمعيات التي تسمى الى تحقيق أغراض اجتماعية أو دينية أو علمية أو أدبية اذا كان عدد أعضائها يزيد على عشرين شخصا طبيعيا . ويستثنى من ذلك الجمعيات التي تصدر مراسيم باعتماد نظمها ، وجمعيات النشاط المدرسي ، والجمعيات التي تخضع لقوانين خاصة .

اهليتها القانونية : نصت المادة ١٨ على أنه في غير الاحكام الخاصة التي أوردها القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ تسرى على الجمعيات القواعد المنصوص عليها في القانون المدني . ونظرا لعدم وجود أحكام خاصة بالاهلية القانونية

للجمعية «١» فإن الاحكام المدنية التي ذكرناها آتت تسرى على هذه الجمعيات اذا ما تم تشكيلها وفقا للقانون الذي ينظمها .

ويلزم في تشكيل هذه الجمعيات اخطار المحافظة أو المديرية التابع لها مركز ادارة الجمعية وذلك خلال ثلاثين يوما من انشائها بكتاب موصى عليه مصحوب بعلم الوصول . ويشفع الاخطار بنظام الجمعية الموقع من الاعضاء المؤسسين والمشتمل على البيانات المثبتة لحالة الجمعية حسب ما هو منصوص عليه في المادة الرابعة من القانون .

ومالم يعارض المحافظ أو المدير قبل انقضاء ثلاثين يوما على وصول الاخطار كان للجمعية أن تبشر نشاطها . أما اذا عارض فيتعين أن تكون معارضته بقرار مسبب مستند الى عدم توفر حكم من أحكام القانون (المادتان الخامسة والسادسة) .

ويجوز لكل ذي شأن أن يتظلم من قرار المعارضة الى وزير الداخلية خلال الستين يوما التالية لتاريخ ابلاغ القرار ، كما يجوز الطعن في القرار أمام محكمة القضاء الاداري في المواعيد المحددة بمقتضى القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الخاص بمجلس الدولة (المادة السابعة) .

٤ - الاندبة : وقد نظمها القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ .

اهليتها القانونية : اذا فتح النادي وفقا للقانون تكون له الشخصية المعنوية مع تحفظين أوردتهما المادتان ١٩ و ٢٠ من القانون . فالمادة ١٩ تشترط لجواز قبول الهبات والوصايا أن يحصل النادي على موافقة وزارة الشؤون الاجتماعية وأن تكون تلك الهبات والوصايا خالية من أى قيد يتنافى مع الاغراض التي أنشئ النادي من أجلها . والمادة ٢٠ تحظر على

(١) ظاهر المادتين ١٠ و ١١ انهما أوردا احكاما خاصة والواقع غير ذلك فالمادة العاشرة تحظر على الجمعية أن تتجاوز في نشاطها الغرض الذي انشئت من أجله - وهو ترديد لحكم المادة ٦٦ مدني . اما المادة الحادية عشرة فتحظر على الجمعية أن يكون لها تشكيلات عسكرية أو شبه عسكرية - وليس هذا الحكم الا ترديدا لما أورده المشرع الجنائي خاصة بحظر الجمعيات شبه العسكرية .

النادى ايجاد علاقة مع أية جمعية أو ناد مقره خارج مصر من غير الحصول على ترخيص بذلك من وزارتي الشؤون الاجتماعية والداخلية - سواء تمثلت تلك العلاقة فى انتساب أو اشتراك أو انضمام أو حصول على عقود أو منافع من أى نوع مباشرة أو بالواسطة .

والأصل فى فتح النادى أو نقله من مكان الى آخر وفقا للقانون ضرورة ابلاغ المحافظة أو المديرية بكتاب موصى عليه قبل الفتح أو النقل بثلاثين يوما على الأقل - الا أن يكون النادى المراد فتحه أو نقله قد سبق الحكم بغلقه فيلزم الحصول على ترخيص من المحافظة أو المديرية (المادة الاولى) .

ويجب أن يشفع الابلاغ بثلاث نسخ من لائحة النظام الاساسى للنادى والاوراق المثبتة لحالته حسب ماهو وارد فى المادتين الثانية والثالثة من القانون .

ومالم يعارض المحافظ أو المدير خلال ثلاثين يوما من تاريخ ابلاغه جاز فتح النادى أو نقله . أما اذا عارض فيتعين أن يعلن معارضته قبل انقضاء الثلاثين يوما بكتاب موصى عليه وأن تكون المعارضة مسببة ومبنية على مخالفة الفتح أو النقل للقانون استنادا الى أحد الاسباب المذكورة فى المادة السادسة .

ح - الجمعيات ذات النفع العام

تجيز المادة ٧٩ من القانون المدنى للجمعية التى يقصد بها تحقيق مصلحة عامة أن تطلب اعتبارها هيئة ذات نفع عام وذلك بمرسوم يصدر باعتماد نظامها .

اهليتها القانونية :

لعل أبرز ما خص به القانون هذه الطائفة من الجمعيات دون غيرها أنه سمح باطلاق نشاطها القانون الى أقصى حد . فبينما قيد حيازة أو تملك العقارات مفروض على سائر الجمعيات الا حيث يقصد منها مجرد تحقيق

غرض خيرى أو تعليمى أو القيام ببحوث علمية (المادة ٥٧) - نجد أن المادة ٧٩ ترخص للإدارة فى أن تعفى بمقتضى مرسوم أية جمعية تنشأ لمصلحة عامة من هذا القيد .

ولئن كان قيام الجمعية بخدمة عامة هو الذى يرر منحها هذه الميزة فإنه هو أيضا الذى يوجب إخضاعها لما تراه الإدارة لازما من اجراءات الرقابة عليها - وهذا ما تخوله لها المادة ٧٩/٣ .

ونذكر على سبيل المثال لهذه الطائفة : جمعية التشريع والاقتصاد التى صدر باعتماد نظامها مرسوم ٤ مايو سنة ١٩٠٨ ، وجمعية الهلال الأحمر المصرى الصادر باعتماد نظامها مرسوم ٥ ابريل ١٩٣٣ ، وجمعية الكشفة المصرية الصادر باعتماد نظامها مرسوم ٢٥ ابريل سنة ١٩٣٥ . ومن مظاهر الرقابة الادارية عليها أن رئيس كل منها يعين بمرسوم .

حل الجمعيات

لم يشأ المشرع المصرى أن يأخذ بالنظام الايطالى الذى لا يعرف الا صورة واحدة للحل غير الاختيارى وهى صورة الحل بقرار تصدره السلطة الادارية من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الاعضاء . وقد ذكر تفسيراً لاستبعاد هذا النظام أنه « يتمشى مع تحكم السلطة الادارية فى الاعتراف بالشخصية القانونية للجمعيات وهو بعد نظام يتمشى مع الاتجاهات العامة للحكومة الاطلاقية وتكره روح الدستور المصرى كل الانكار » .

أما النظام الذى قرره المشرع المصرى فى المادة ٦٦ من القانون المدنى فلا يجيز حل الجمعية الا عن طريق حكم يصدر من المحكمة الابتدائية التابع لها مركز الجمعية وذلك بناء على طلب أحد الاعضاء أو أى شخص آخر ذى مصلحة أو النيابة العامة فى الاحوال الآتية :

١ - عجزها عن الوفاء بتعهداتها .

٢ - تخصيص أموالها أو أرباح أموالها لاغراض غير التى أنشئت من

أجلها .

٣ - ارتكابها مخالفة جسيمة لنظامها أو للقانون أو للنظام العام .

هذا ويجوز للمحكمة اذا رفضت طلب الحل أن تبطل التصرف المطعون

فيه .

صور خاصة لحل الجمعيات

١ - الجمعيات التعاونية : نص القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٤٤ على أنه تختص المحكمة «١» الواقع في دائرتها مركز الجمعية التعاونية بحل الجمعية في الاحوال الآتية : اشتغالها بالمسائل السياسية أو الدينية أو تقديمها المساعدة أو المعونة بالذات أو بالواسطة الى الاحزاب السياسية - وذلك بناء على طلب وزير الشؤون الاجتماعية (عن طريق مدير مصلحة التعاون) أو طلب النيابة العامة ، اضطراب عملها بسبب تكرار اخلالها بمبادئ التعاون أو القواعد المقررة في القانون أو نظام الجمعية أو لأى سبب آخر - وذلك بناء على طلب وزير الشؤون الاجتماعية وحده ، واعسارها بسبب تكرار اخلالها بتعهداتها - وذلك بناء على طلب وزير الشؤون الاجتماعية أو طلب دائنى الجمعية (المادتان ٨٥ و ٨٨ من القانون) .

٢ - الجمعيات الخيرية : قضى القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٤٥ بأن يختص رئيس المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها مركز الجمعية الخيرية بحل الجمعية وذلك بناء على طلب وزير الشؤون الاجتماعية في الاحوال الآتية : عجزها عن تحقيق الغرض الذى تسعى اليه ، تصرفها فى الأموال التى تحت يدها فى غير الأوجه المحددة لها ، رفضها التفتيش عليها أو تقديمها لبيانات غير صحيحة بقصد التضليل ، خروجها على النظام الأساسى المسجل فى وزارة الشؤون الاجتماعية ، وقيامها بأعمال تخالف النظام العام أو الآداب .

ويجوز لكل من الوزير وممثل الجمعية أن يعارض فى أمر رئيس المحكمة خلال خمسة عشر يوما من اعلانه . وتقضى المحكمة فى هذه المعارضة على

(١) المحكمة الابتدائية او الجزئية على حسب قيمة اموال الجمعية المراد تصفيتها (المادة ٨٨ من القانون) .

وجه السرعة ويكون حكمها نهائيا (المادة الحادية عشرة من القانون) •

٣ - الجمعيات الخاضعة للقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٥١ : يجوز لوزير الداخلية عند مخالفة الجمعية لأحكام القانون أن يطلب حلها أو حل فروعها أو ابطال الاجراء المخالف • ويقدم طلب الحل الى رئيس المحكمة الابتدائية الواقع في دائرتها مركز الجمعية أو الفرع •

ويجوز لكل من الوزير وممثل الجمعية المعارضة في أمر رئيس المحكمة خلال خمسة عشر يوما من اعلانه - وتقضى المحكمة في هذه المعارضة على وجه السرعة ويكون حكمها نهائيا • ولها اذا رفضت طلب الحل أن تبطل الاجراء المخالف (المادة الثانية عشرة من القانون) •

٤ - الاندية : يترتب على مخالفة أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٤٩ معاقبة المسؤولين عن تلك المخالفة بالعقوبة المقررة في المادة ٢٢ منه فضلا عن الحكم بغلق النادي مؤقتا أو نهائيا على حسب الأحوال •

خلاصة ختامية

لحرية تكوين الجمعيات مظهران : أحدهما جنائى والاخر مدنى
فالظاهر الجنائى يتمثل فى أن يكون تكوين الجمعيات فعلا مباحا لا يرد عليه من
 القيد الا ما يقتضيه صالح الجماعة • ولقد بينا فيما تقدم كيف أن المشرعين
 الثلاثة : الانجليزى والفرنسى والمصرى — قد تلاقوا فى الاتجاهات الرئيسية
 التى صدروا عنها فى تنظيم لهذا المظهر •

اما المظهر المدنى فيتناول حياة الجمعيات القانونية نشأة واقضاء •

فالناحية الاولى التى يتمثل فيها المظهر المدنى هى تشكيل الجمعيات ،
 وتقتضى أن يسمح للجمعيات باكتساب الاهلية القانونية اللازمة لتحقيق
 أغراضها بمجرد تشكيلها — أو على الأكثر — بمجرد اعلامها للغير بتشكيلها •
 وبغير ذلك تكون الحرية ناقصة لا تكفل ما ينبغى أن يوفر لنشاط الافراد
 من أثر ومدى •

وبمقارنة التنظيمات التى سنهنا المشرعون الثلاثة لحرية تكوين الجمعيات
 من هذه الناحية يتضح أن التنظيم الانجليزى هو أبعداها عن تحقيق الاهداف
 المتوخاه • فهو يقوم أساسا على تحويل الادارة سلطة منح الشخصية
 القانونية للجمعيات أو منعها عنها •

أما التنظيم الفرنسى فهو أكثر رعاية لمعنى الحرية اذ يصدر عن التمييز
 بين طوائف ثلاث من الجمعيات : جمعيات غير مشهورة لا يعترف لها بأى
 وجود قانونى ، وجمعيات مشهورة تكتسب بمجرد قيامها بإجراءات الشهر
 أهلية قانونية محدودة ، وجمعيات ذات هع عام تتمتع بأكبر نصيب من
 الاهلية القانونية وان لزم لقيامها اعتراف يصدر من جانب الادارة •

على أن التنظيم المصرى وان اقتبس عن التنظيم الفرنسى فكرة التمييز
 بين طوائف الجمعيات الثلاث — يعد أوفى التنظيمات فى هذا الصدد •
 فالجمعيات غير المشهورة — التى لا يقر لها التنظيم الفرنسى بالشخصية
 القانونية أصلا — يقر لها هو بالشخصية القانونية بما يستتبع ذلك من آثار

فيما بين أعضائها • والجمعيات المشهرة - التي يقر لها التنظيم الفرنسي بأهلية قانونية محدودة - يقر لها هو بأهلية تصل في اكتمالها الى الحد الذي يسوغ وضعها موضع الجمعيات ذات النفع العام في فرنسا • والجمعيات ذات النفع العام - التي يخضعها التنظيم الفرنسي لقيدين أحدهما خاص بحيازة أو تملك العقارات والآخر خاص بكيفية استغلال القيم المنقولة - يقر لها هو بأهلية قانونية كاملة ويجيز للإدارة اعفاءها من التحد الوحيد الخاص بالعقارات •

والناحية الثانية التي يتمثل فيها المظهر المعنى لحرية تكوين الجمعيات هي انقضاء الجمعيات • فليس ثمة شك في أن السماح بحل الجمعيات على غير اختيار الافراد المكونين لها من غير قيد هو من قبيل المصادرة لحرية تكوين الجمعيات • وعلى هذا النحو يكون من الضروري لاي نظام يقصد الحرية ألا يجيز حل الجمعيات الا في أحوال استثنائية ، وأن يخضع الحل حتى في تلك الاحوال لرقابة القضاء دفعا لما يمكن أن يشوبه من تعسف أو اعتداء على حقوق الافراد •

وبمقارنة التنظيمات في الدول الثلاث من هذه الناحية يبين أن التنظيم الانجليزي هنا أيضا هو أقلها شأنا • فهو يخول الإدارة سلطة تقديرية واسعة في حل الجمعيات دون أن يوفر قضاء اداريا يستطيع أن يحاسبها على الكيفية التي تمارس بها تلك السلطة •

أما التنظيم الفرنسي فلا يجيز حل الجمعيات أساسا الا عن طريق القضاء العادي ولا سبب خطيرة واردة على سبيل الحصر • ولئن أجاز للإدارة على سبيل الاستثناء سلطة حل الجمعيات فإن مجلس الدولة خير رقيب يحول دون التعسف في استعمال تلك السلطة أو الخروج في ممارستها على أحكام القانون •

على أنه لا يزال التنظيم المصري هو أقرب التنظيمات الى الكمال التبريمي لانه يحظر الحل الاداري ويجعل القضاء العادي وحده المختص بحل الجمعيات لمسوغ يقتضيه •

أهم المراجع

باللغة العربية

- العقود المدنية الصغيرة للدكتور محمد كامل مرسى • الطبعة الثانية سنة ١٩٣٨ •
- شرح القانون التجارى للدكتور محمد صالح • الجزء الاول • الطبعة السابعة ١٩٤٩ •
- الوسيط فى القانون التجارى للدكتور محسن شفيق • الجزء الاول • الطبعة الاولى سنة ١٩٥١ •
- مبادئ العلوم القانونية للدكتور محمد على عرفة • سنة ١٩٤٢ •
- تاريخ الحياة النيابية فى مصر للاستاذ محمد خليل صبحى • الجزء الخامس • سنة ١٩٣٩ •
- مذكرات فى السياسة المصرية للدكتور محمد حسين هيكل • الجزء الاول سنة ١٩٥١ •
- فى أعقاب الثورة المصرية للاستاذ عبد الرحمن الرافعى • الطبعة الاولى سنة ١٩٤٧ •
- شرح قانون العقوبات المصرى الجديد للاستاذين محمد كامل مرسى والسعيد مصطفى السعيد • الطبعة الثانية • ١٩٤٣ •
- الموسوعة الجنائية للاستاذ جندى عبد الملك • الجزء الاول • الطبعة الاولى •
- الاحكام العامة فى القانون الجنائى للاستاذ على بدوى • سنة ١٩٣٨ •
- شرح الاحكام فى قانون العقوبات المصرى للاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل • الطبعة الاولى • سنة ١٩٤٥ •
- جريمة الاتفاق الجنائى فى قانون العقوبات المصرى المقارن للدكتور على حسن الشامى • سنة ١٩٤٩ •

باللغة الانجليزية

Dicey A. V. = Law of the Constitution, 9th. edit, London 1948.
English and Empire Digest, vol. XIV London 1924.

- Friedman W. = Legal Theory, 2nd edit., London 1949.
 Goadby F.M. = Introduction to the Study of Law, 3rd. edit., London 1921.
 Halsbury = Laws of England, vol. IX, 2nd. edit., London 1933.
 Kenny C.S. = Outlines of Criminal Law, 15th. edit., Cambridge 1947.
 Palmer = Company Law, 19th. edit. by A.F. Topham, London 1949.
 Paton G. W. = A Text-book of Jurisprudence, Oxford 1946.
 Pollock F. = Principles of Contrat, 9th edit., London 1921.
 Ridges E. W. = Constitutional Law, 8th. edit., London 1950.
 Russel W.O. = Felonies and Misdemeanors, 2 vols., 9th. edit., London 1936.
 Stephens's Commentaries on the Laws of England, vols. II & IV, 21st. edit., London 1950.
 Wade E.C.S. & Phillips G.G. = Constitutional Law, 2nd edit., London 1937.

بالغة الفرنسية

- Capitant H. = Introduction à l'Etude du Droit Civil, 4e edit., Paris.
 Colliard C. = Précis de Droit Public, Les Libertés Publiques, Paris 1950.
 Ducrocq T. = Droit Administratif, Tomes III & VI, 7e édit., Paris 1905.
 Duguit L. = Traité de Droit Constitutionnel, Tome V, 2e. edit, Paris 1925.
 Esmein A. = Droit Constitutionnel, Tome II, 8e. édit., Paris 1928.
 Garçon E. = Code Pénal Annoté, Tome I, 1901-1906.
 Garraud R. = Traité du Droit Pénal Français, Tome V, 3e. édit., Paris 1924.
 Tome III, 3e. édit, Paris 1916.
 Goyet F. = Précis de Droit Spécial, Paris 1945.
 Moreau F. = Manuel de Droit Public Français, Droit Administratif, Paris 1909.
 Nourrisson P. = Histoire de la Liberté d'Association en France depuis 1789, Paris 1920.
 Vareilles-Sommières = Les Personnes Morales, Paris 1919.
-

الدفع بعدم القبول

للدكتور احمد ابو الوفا

مدرس قانون المرافعات

بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

١ — مقدمة

٢ — التعريف بالدعوى وحصر حالات الدفع بعدم قبولها

٣ — احكام الدفع بعدم القبول

٤ — الحكم الصادر في الدفع

٥ — الخاتمة

مقدمة

الدفع بعدم القبول *Fin de non recevoir ou de non valoir ou de non procéder* هو وسيلة دفاع *moyen de défense* يرمى الى انكار وجود الدعوى ، فهو يوجه اذن الى الوسيلة التى يحى بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط الاستعمال غير جائز لعدم توافر شرط من الشروط العامة التى يتعين أن تتوافر لقبول الدعوى ، أو لعدم توافر شرط خاص من الشروط المتعلقة بذات الدعوى المرفوعة «^١» .

ولقد ذهبت الآراء فى تحديد أحكام هذا الدفع الى مذاهب شتى ، وليس فى طيات أى مذهب منها ما يقطع برأى بصددها . ولعل الاضطراب فى دراسته وتفكك الرأى بشأنه يرجع الى ماله من طبيعة خاصة ، تختلف

(١) انظر فى هذا الموضوع على وجه الخصوص جلاسون وتسييه ١ رقم ٢٢٧ ومابعده وجارسونييه ١ رقم ٤٤٣ ومابعده وجاييو ١٢٥ ومابعده وسوليس (طبعة ١٩٥٠ - ١٩٥١) ص ٩٦ ومابعدها ومقال Beguet فى الدفع بعدم القبول (مجلة القانون المدنى ١٩٤٧ ص ١٢٣ ومابعدها) ومقال Vasseur فى مجلة القانون المدنى العدد الاخير سنة ١٩٥٠ رقم ١٥ ومابعده فى *Délais prefix, délais de prescription, délais de procédure* ومؤلف Vanlaer « المرسوم بقانون الصادر فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ » الجزء الاول ص ٢٧٨ وملحق جلاسون ٥ رقم ٢٢٧

ومقال Viziox فى *observations sur l'Etude de la procédure civile* بمجلة *Revue générale du droit* سنة ١٩٢٧ ومابعدها ومؤلف الدكتور عبد النعم البدراوى فى « اثر مضى المدة فى الالتزام » سنة ١٩٥٠ رقم ٢٦٨ ومابعده ومؤلف الدكتور الشرقاوى فى « نظرية المصلحة فى الدعوى » سنة ١٩٤٧ رقم ٣٧٨ ومابعده ومؤلف المرحوم الصميد محمد حامد فهمى فى المرافعات رقم ٢٨٣ ومؤلف الدكتور الشرقاوى فى المرافعات رقم ٦٦ ومؤلفنا فى المرافعات رقم ١٨٥ ومابعده والمذكورة التفسيرية لقانون المرافعات .

عن طبيعة الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية ، وتجعله يحتل مركزاً وسطاً بينها ، فهو في بعض الاحوال يتفق مع الدفوع الموضوعية فيما يختلف فيه مع الدفوع الشكلية ، وفي أحوال أخرى يتفق مع الدفوع الشكلية فيما يختلف فيه مع الدفوع الموضوعية .

فالدفع الموضوعي من الجائز ابدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى لانه لا يمدو أن يكون وسيلة دفاع تتعلق بذات الحق والاصل انه من الجائز ابداء أوجه الدفاع هذه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة في الاستئناف ، والدفع الموضوعي يوجه الى أصل الحق فالحكم بقبوله يترتب عليه حسم النزاع على أصل الحق ، كما يحوز هذا الحكم حجية الشيء المحكوم به فلا يجوز تجديد النزاع أمام المحكمة التي أصدرته أو أمام أية محكمة أخرى ، واستئنافه يطرح الموضوع من جديد على المحكمة الاستئنافية فيتعين عليها ان هي الت الحكم المطعون فيه أن تفضي من جديد في موضوع الدعوى وذلك بناء على ما للاستئناف من أثر قل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية .

والدفع الشكلي لا يوجه الى ذات الحق المدعى به انما يوجه الى الخصومة - باعتبارها مجموعة اجراءات يتمين على الخصم مباشرتها اذا شاء الالتجاء الى القضاء للحصول على المنفعة التي يخولها له حق معين يدعيه . فالدفع الشكلي اذن عائق مؤقت *obstacle temporaire* يوجه الى اجراءات الخصومة بدعوى مخالفتها للاوضاع التي رسمها قانون المرافعات ويقصد به تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة . ولم يجز القانون التراخي في ابدائه بل أوجب على الخصم أن يدلي به قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق فيه وذلك منما من تأخير الفصل في الدعوى لان الوضع الطبيعي أن يستند الخصم أولاً وسائل دفاعه التي تتعلق بشكل

الاجراءات ثم يرجع على الموضوع ، كما أن الوضع الطبيعي أن يبحث القاضى فى صحة الاجراءات قبل بحث الموضوع لان الفصل فى الدفع الشكلى قد يفنيه عن التعرض للموضوع اذ يترتب على قبوله اقضاء الخصومة أمامه دون الفصل فى موضوعها . انما اذا تعلق الدفع الشكلى بالنظام العام فمن الجائز ابداءه فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، كما أن القاعدة أن القاضى عليه أن يراعى من تلقاء نفسه كل مايمس النظام العام . والحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لايمس أصل الحق وبالتالي لا يترتب عليه انتهاء النزاع بصدده ، انما يترتب عليه اقضاء الخصومة أمام المحكمة ومن الجائز تجديدها باتخاذ الاجراءات الصحيحة . واذا استؤفت هذا الحكم فان ولاية محكمة الدرجة الثانية تقتصر على اعادة النظر فى الدفع ولايجوز لها أن تقضى فى موضوع الدعوى ان هى الت الحكم المستأنف ، بل ينعين فى هذه الحالة أن تعاد القضية الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل فى موضوعها لانها لم تستنفد ولايتها بالنسبة لموضوع الدعوى .

أما اندفع بعدم القبول فهل من الجائز الادلاء به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، وهل الحكم الصادر بقبوله يترتب عليه حسم النزاع فى الموضوع أم يترتب عليه مجرد انتهاء الخصومة ، وهل يترتب على استئناف الحكم الصادر بقبوله طرح الخصومة برمتها على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولاية هذه المحكمة تقتصر على مجرد الفصل فى موضوع الدفع ، وهل يجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ؟ .

هذا ، ومن ناحية أخرى كل ما تقدم يثار اذا سلمنا بأن للدعوى كيان مستقل وليست هى بذات الحق المدعى به ، انما اذا قيل ان الدعوى هى ذات الحق متحركا الى القضاء أفلا يكون الدفع الموجه اليها موجه اليه فى واقع الامر ، وعلى ذلك يعد دفعا موضوعيا ، ويسرى عليه ما يسرى على الدفع الموضوعى من قواعد ؟ .

نعرف أولا الدعوى ونحدد العلاقة بينها وبين الحق الذى تحميه لنخلص الى تحديد طبيعة الدفع الموجه اليها وما اذا كان يعد دفعا موضوعيا

أم دفعا من نوع خاص ثم من ضوء هذا البيان نرجع على دراسة أحكام الدفع .

التعريف بالدعوى

وحصر حالات الدفع بعدم قبولها

١ - شاع الاضطراب في دراسة نظرية الدعوى في فقه المرافعات في فرنسا وفي مصر ، لأنها لم تحظ بالعناية اللازمة من المشرع الفرنسي وقت وضعه لقانون المرافعات ، اذ لم يستجب الى من نادى بوجوب تعريف الدعوى وتحديد شروط قبولها اعتقادا منه بأن هذه المسائل تغلب عليها الصفة الفقهية ، فجاء القانون الفرنسي ومن بعده القانون المصري (القديم) خاليا من أية اشارة اليها ، تاركا للفقه والقضاء العناية بها وبتفصيلاتها . ولما كانت هذه النظرية تشغل مركزا وسطا بين القانون المدني وقانون المرافعات فقد تركز كل من شراح هذين القانونين في الاقضية فيها اتكالا منه على الآخر . ونتيجة لهذا وذاك جاءت نظرية الدعوى يشوبها بعض اللبس والغموض .

٢ - والدعوى كما يراها الفقه القديم والحديث هي « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته » (١) . ويعرفها أحد الشراح بأنها « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون » (٢) ، وبهذا المعنى يعرفها دوجي اذ يقول انها « حماية لقاعدة

(١) ويعرفها Solus بأنها السلطة القانونية المخولة الى شخص للالتجاء الى القضاء بقصد حماية حقه

Le pouvoir légal donné à une personne de s'adresser à la justice afin d'obtenir la sanction de son droit.
cours de droit judiciaire privé pour la licence, 3ème année انظر ص ١ (1950-1951)

Un pouvoir légal, permettant aux agents publics ou (٢) aux particuliers de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de la loi.

انظر Vincent ص ١٢ رقم ١٠ . وانظر أيضا تعريف chiovenda في مقال Vizioz المقدمة الاشارة اليها .

مقررة في القانون «أ» .

وسواء أخذ بهذا التعريف أو ذاك فالدعوى تتميز بما يأتي :

أولاً : أنها وسيلة قانونية *une voie de droit* يلجأ بمقتضاها صاحب الحق الى السلطة القضائية ، أى الى المحاكم ، لحماية حقه . وهى بهذا تتميز عن وسائل قانونية أخرى أباحها المشرع يلجأ بمقتضاها صاحب الحق الى سلطات أخرى . فمثلاً تجيز المادة ١٩ من الامر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ (بشأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخصوصية وما يتعلق بها) لمن لحقه ضرر من عبث بمسقى أو بمصرف أن يلجأ الى الجهات الادارية ، وخول هذه الجهات سلطة الفصل فى اعادة الحالة الى أصلها بالطرق الادارية ايثارا للسرعة التى تقتضيها الحال «ب» .

ثانياً : أنها هى السلطة التى خولها القانون للأشخاص للذود عن حقوقهم بعد أن حرّمهم من اقتضاء حقوقهم بأنفسهم ، وبتعبير آخر الدعوى هى الوسيلة الحديثة التى استعاض بها عن الانتقام الفردى . ففى العهد القطرى للمجتمع كانت القوة تحمى الحق ، أما فى المصور الحديثة فالأصل أنه لايجوز لاي شخص حماية حقه بنفسه . وانما أباح المشرع للأفراد ، فى ظروف استثنائية خاصة ، حماية حقوقهم بأنفسهم كما هو الحال بالنسبة لحق الحبس وحق الدفاع الشرعى . فالمادة ٢٤٦ من القانون المدنى تنص على أن لكل من التزم باداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يمرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . والمادة ١٦٦ تنص على أن من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر

(١) ديجى « شرح القانون الدستورى » الطبعة الثالثة جزء ١ ص ٢٦٦
 (٢) أنظر فى مدى اختصاص الادارة بهذه المنازعات كتابنا « المرافعات المدنية والتجارية » رقم ٢٥٢ ص ٢٦٩ .

الضروري ، والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة .
ثالثا : أن استعمال الدعوى أمر اختياري أى انها رخصة *faculté* لصاحب الحق ، فله مطلق الحرية في الالتجاء أو عدم الالتجاء الى القضاء للمطالبة بحقه . ولكن العلامة *Ihgerim* في كتابه *Le combat pour le droit* يرى أنه يتعين على كل صاحب حق اذا ما اعتدى على حقه أن يباشر الدعاوى التي يملكها لانه يرى أن مباشرة الدعوى في هذا الصدد ليس واجبا على صاحب الحق نحو نفسه فحسب وانما هي واجب عليه نحو المجتمع ، اذ لا يحترم القانون في المجتمع ولا يسود فيه العدل والاطمئنان الا اذا باشر كل عضو فيه ماله من حقوق « ١ » .

ومما لاشك فيه أن هذه الفكرة مثالية ، ولكنها تقتضى أن تكون جميع الاحكام التي يصدرها القضاء صحيحة من ناحية الشكل وعلى حق من ناحية الموضوع ، وهذا لا يتصور الا اذا خلت هوس المتقاضين من الضغائن والاحقاد ، وبמיד أن يتحقق هذا .

٣ - العلاقة بين الدعوى والحق الذي تحميه :

رأينا أن الدعوى هي سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد تقرير حق أو حمايته ، أو - بعبارة أعم - بقصد الوصول الى احترام القانون .
أما الحق فهو في نظر اهرنج وفي نظر من اتجه الى رأيه « مصلحة مادية أو أدبية يحميها القانون » .

وقد قيل وفقا للنظرية التقليدية ان الدعوى هي الحق نفسه في حالة الدفاع أو في حالة التحرك ، فهو يبقى هادئا اذا لم يتنازع فيه ، وانما ينشط اذا ما أنكر أو اعتدى عليه . فالحق يمثل حالة قانونية هادئة ، والدعوى تمثل الحالة القانونية نفسها وقت التحرك

(٢) *Le droit est l'état statique, l'actions est l'état dynamique d'une même situation juridique*

(١) سوليس المرجع السابق ص ٤٢ .

(٢) جارسونيه ١ رقم ٣٥١ ص ٥٢٠ وجايو رقم ٥٩ وأبو هيف ارقم ٤٠١ .

ودليل هذا الاتجاه :

أولا : أن الحق والدعوى يولدان معا وتبقى الدعوى ماقى الآخر .
فكل حق تحميه دعوى ولا يتصور له كيان بغيرها لان الحق الذي لا يمكن حمايته بالاتجاه الى القضاء لا يعد مكتمل الوجود .

ثانيا : موضوع الدعوى هو نفس موضوع الحق ، فصاحب الحق يلجئ الى القضاء للمطالبة بنفس المنفعة التي يكتسبها فيما لو اعترف له بحقه .

ثالثا : تنصف الدعوى بنفس أوصاف الحق فهي مثله اما عينية أو شخصية أو مختلطة ، واما أن تكون عقارية أو منقولة ، واما أن تكون قابلة للانتقال الى الغير أو غير قابلة ، قابله للقسمة أو غير قابلة .

رابعا : لكل حق دعوى واحدة تحميه ، فان كان للشخص حق واحد كانت له دعوى واحدة ، وان أمكن لشخص أن يرفع دعاوى متعددة ناشئة عن واقعة قانونية واحدة فذلك لان هذا الشخص يملك حقوقا متعددة بقدر تلك الدعاوى ، فمالك العقار مثلا اذا ما اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة أو دعوى المطالبة بالحق أو دعوى بتعويض الضرر الذي أصابه بانتهاك حرمة ملكيته ، فدعوى الحيازة تحمي الحيازة بصفة مؤقتة الى أن الفصل في أصل الحق موضوع الحيازة ، ودعوى الملكية تحمي حق الملكية ودعوى التعويض تستند الى حق المالك في تعويض الضرر الذي لحقه «٢» .

٤ - وقيل في النظرية الحديثة ان الدعوى ليست هي ذات الحق الذي

(١) جارسونيه ١ رقم ٢٥١ ص ٥٢٠ وجايو رقم ٥٩ وأبو هيف ١ رقم ٤٠١

(٢) أبو هيف ١ رقم ٤٠١ وقارن جارسونيه ١ رقم ٣٥١ - فقد قال جارسونيه انه قد يكون للمدعى حق واحد ومع ذلك يكون له في اقتضائه دعاوى متعددة (رقم ٣٥٣) .

تحميه ، ففي العقود القديمة حيث كان الشخص يزود عن حقه بنفسه يصح أن يقال ان الحق وحمايته يختلطان معا أو هما شيء واحد ، وانما متى أصبح اللجوء الى القضاء هو الوسيلة الوحيدة للدود عن الحق تكون الدعوى شيئا مستقلا عن الحق الذي تحميه . وبعبارة أخرى اذا كان للشخص حق اللجوء الى القضاء للاعتراف له بحقه أو لحمايته فهذا الحق مستقل عن الحق المراد الاعتراف له به لانه يشمل سلطة اللجوء الى القضاء لحماية الحق واسترداده بمعاونة السلطات العامة «١» .

ويستند هذا الرأي أيضا الى ما يأتي :

أولا : تختلف الدعوى عن الحق من حيث سبب كل منهما ، فسبب الحق هو الواقعة المنشئة له سواء أكانت عقدا أو ارادة مفردة أو عملا غير مشروع أو اثره بلا سبب أو القانون ، أما سبب الدعوى فهو النزاع بين الخصوم حول الحق .

ثانيا : قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق ، كما هو الحال بالنسبة للولي أو الوصى الذي يباشر دعاوى القاصر .

ثالثا : قد يتصور في بعض الحالات وجود أحدهما بغير الآخر ، فقد يوجد الحق دون أن تحميه دعوى كما هو الحال بالنسبة للحقوق الناقصة (التي يقابلها من جانب المدين الالتزامات الطبيعية) ، وقد توجد دعوى بغير حق يستند اليه صاحبها كما هو الحال في دعاوى الحيازة .

رابعا : الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى ، فصاحب الحق يجوز له أن يرفع دعوى مطالبا بحقه ، وقد يرفع دعوى مطالبا بتعويض الضرر الذي يصيب الحق ، وقد يرفع دعوى مطالبا باتخاذ اجراءات تحفظية أو وقائية لحماية ذات الحق .

خامسا : تميز الدعوى عن الحق في أنها تضيف اليه عنصرا جديدا لم

يكن يتضمنه من قبل • فالشخص الذى يصيبه ضرر من جراء فعل ضار (والذى يعد دائماً بالتعويض) يتعين عليه أن يلجأ الى السلطة القضائية لتحديد طبيعة التعويض الذى يستحقه وقدره • ويقرر القضاء الفرنسى أن حكم القضاء هو الذى ينشئ حق من وقع عليه ضرر فى التعويض ولا ينشأ هذا الحق من يوم حدوث الفعل الضار «١» «٢» •

وعلى ذلك ، ووفقاً لهذا القضاء ، لا ينشأ حق الدائن فى التعويض الا بعد مباشرة دعوى التعويض وصدر الحكم فيها •

• - هذه هى النظرية التقليدية والنظرية الحديثة ، الاولى ترى أن الدعوى هى ذات الحق الذى تحميه متحركاً الى القضاء ، فهو يبقى هادئاً اذا لم يتنازع فيه ، انما ينشط اذا ما أنكر أو اعتدى عليه • والثانية ترى أن الدعوى ليست بذات الحق الذى تحميه بل هى شئ مستقل عنه وقد يوجد أحدهما دون الآخر •

ونرى أن الدعوى ليست هى ذات الحق الذى تحميه وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما الدعوى جزء لا يتجزأ من الحق «٣» • فالحق لا يكتمل وجوده الا اذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء الى المحاكم للذود عنه ، وبعبارة أخرى ، امكان الافادة من المنفعة التى يخولها القانون لصاحب الحق لا يتحقق الا اذا كان فى مكنه الالتجاء الى المحاكم للاعتراف له به أو لحمايته ولاكراه مدينه على التسليم له به •

(١) موريل رقم ٢٥ ص ٢٧ وراجع الاحكام التى اشار اليها • وراجع على وجه الخصوص نقض (دائرة العرائض) ١١ ابريل ١٩٠٧ سريه ١٩٠٧-١-٤٣٣ ، وتعليق ليون كان و٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٦ (سريه ١٩٢٧-١-١٧٧) وتعليق Balleydier ونقض ٢٠ يناير ١٩٣٢ (سريه ١٩٣٢-١-٢٠٥) وتعليق روسو ونقض ١٤ يونيه ١٩٢٦ (سريه ١٩٢٧-١-٢٥) •

(٢) انظر تفصيلات هذه النظرية فى موريل رقم ٢٥ و Germain Bruliard ص ٢٤ وما بعدها وسوليس ص ٤٤ وما بعدها •

(٣) انظر نظرية المصلحة فى الدعوى للدكتور الشرقاوى رقم ٢١ وما بعده وكتابه فى المرافعات رقم ٢٤ ، والنظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته رقم ١٥ •

ويُفترع عن هذا أنه لا يتصور وجود دعوى دون أن تستند إلى حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى ، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه فان تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعة تنشئ من الدعاوى بقدر الحقوق المتعاقبة بها .

٦ - وتفصيل ما تقدم هو الآتي :

أولاً : ليس بصحيح القول ان الدعوى هي ذات الحق الذي تحميه لان (١) سبب الحق يختلف عن سبب الدعوى ، فسبب الحق هو الواقعة القانونية المنشئة له سواء أكانت عقداً أو ارادة مفردة أو عملاً غير مشروع أو اثرأ بلا سبب أو القانون ، أما سبب الدعوى فهو النزاع حول الحق ، أو بصارة أخرى هو واقعة انكار الحق أو الاعتداء عليه . فقد يوجد الحق دون أن يكون لصاحبه حق مباشرة الدعوى كما اذا لم يكن مستحق الاداء مثلاً .

(٢) ولان الدعوى تتميز عن الحق في أنها تضيف اليه عنصراً جديداً لم يكن يتضمنه من قبل ، فالشخص الذي يصيبه ضرر من جراء فعل ضار لا يتحدد له طبيعة التعويض وقدره الا بحكم القضاء ، كما أن الدعوى تقوى الحق وتنشئ لصاحبه بعض المزايا ، فالحكم وان كان يبقى للحق سببه ووصفه ويحفظ له كافة آثاره والتأمينات الملحقه به الا أنه يضيف اليه مزايا أهمها : أنه ينشئ لصاحبه سنداً رسمياً يحل محل السند الذي كان أساساً لما ادعاه ، وتقرض صحة كل ماورد به الا اذا طعن بتزويره ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري على المحكوم عليه ، كما تكون المدة المسقطه للحق خمس عشرة سنة ولو كان من الحقوق التي تنقضي بمدة التقادم القصيرة ، وذلك لاتفاء العلة التي بنى عليها اقضاء الحق بمدة التقادم القصيرة (٣) .

كما أن الدعوى لا تعدو أن تكون وسيلة قانونية *Voie de droit*

(١) انظر في تفصيل هذا الموضوع مؤلفنا في المرافعات رقم ١٧٤ ص ٥٤٤ .

كالحجز مثلا أو حق الحبس ولم يقل أحد أنهما يختلطان بالحق الذي يحميانه فلماذا يقال ان الدعوى هي ذات الحق ويخلط بينهما «١» .

أما ان موضوع الدعوى هو ذات موضوع الحق أو انها تتصف بذات أوصاف الحق فذلك طبيعي لانها ليست الا سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على ذات المزايا التي يخولها الحق نفسه .

ثانيا : ليس بصحيح القول ان الدعوى شيء مستقل عن الحق وقد يوجد أحدهما دون الآخر لان الأدلة التي يستند اليها في تأييد هذا الاتجاه محل نظر .

فالقول بأنه قد يملك الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق كما هو الحال بالنسبة للولي أو الوصي الذي يباشر دعاوى القاصر مردود عليه بأن الولي أو الوصي انما يباشر دعاوى القاصر نيابة عنه .

والقول بأنه قد يتصور وجود الحق دون أن تحميه دعوى كما هو الحال بالنسبة الى الحق الذي يتخلف للدائن بعد انقضاء الدين بالتقادم مردود عليه بأن الحق اذا ماسقط بمضى المدة انعدم ولا يتخلف منه للدائن حق ناقص ، واذا كان القانون المدني ينص في المادة ٢٠١ على أنه لا يجوز للمدين أن يسترد ما آداه باختياره قاصدا أن يوفي التزاما طبيعيا (وهو الالتزام الذي يتخلف من التقادم في ذمة المدين ، م ١/٣٨٦ مدني) فذلك لان الوفاء بدین مع العلم بأنه غير واجب قانونا ينتج أثره القانوني على اعتبار أن الوفاء هو توافق ارادتين فان لم يقع أحد الطرفين في عيب من عيوب الرضا أنتج الاتفاق أثره ولا يجوز الرجوع فيه ، فلا يجوز لمن قام بوفاء دين طبيعي أن يسترده «٢» ، وبناء عليه فالحق الذي يسقط بمضى المدة ينقضى ولا يكون له أي كيان .

والقول بأنه قد توجد دعوى بغير حق تستند اليه كما هو الحال في

(١) موزيل رقم ٢٥ ص ٢٦ .

(٢) شفيق شحاته المرجع المتقدم الاشارة اليه .

دعاوى الحيازة مردود عليه بأن هذه الدعاوى شأنها شأن الدعاوى المستعجلة تحمى صاحب الحق الظاهر بصفة مؤقتة الى أن يفصل في أصل الحق موضوع الحيازة .

والقول بأن الحق الواحد قد تحميه عدة دعاوى مردود عليه بأنه اذا تعددت الدعاوى بصدد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعة تنشئ أكثر من حق واحد فتتعدد الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها ، فمالك العقار مثلا اذا ما اعتدى على حقه كان بالخيار بين أن يرفع دعوى الحيازة او دعوى الملكية او دعوى بتعويض الضرر الذى أصابه باتهاك حرمة ملكيته ، لان دعوى الحيازة تحمى حق الحيازة بصفة مؤقتة الى أن يفصل في أصل الحق موضوع الحيازة ، ودعوى الملكية تحمى حق الملكية ودعوى التعويض تستند الى حق المالك في تعويض الضرر الذى لحقه .

٧ - من كل ما تقدم يتضح أن الدعوى ليست بذات الحق وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هى جزء لا يتجزأ منه ولا يتصور لها وجود ان لم تستند اليه ، كما لا يوجد حق دون أن تحميه دعوى . وهما ، من ناحية أخرى يختلفان من حيث سبب كل منهما ، كما أن الدعوى تضيف اليه عنصرا أو مزايا لم يكن يتضمنها من قبل . ولهذا يكون من الاسلم تعريف الدعوى بأنها سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الوصول الى احترام القانون لان تعريفها الذى درج عليه الفقه وهو « سلطة الالتجاء الى القضاء بقصد الحصول على تقرير حق أو لحمايته » لا يستقيم مع ما تقدمت الاشارة اليه اذ كيف تعرف بأنها سلطة أو وسيلة لحماية الحق ثم يقال انها عنصر من عناصره .

٨ - وعلى ذلك اذا سلمنا بأن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به لا يكون الدفع الموجه اليها دفعا موضوعيا انما هو دفع من نوع خاص يوجه الى الوسيلة التى قررها القانون لحماية الحق .

فالدفع بعدم القبول اذن له طبيعة خاصة تميزه عن الدفوع الموضوعية

والدفع الشكلى لانه لا يوجه الى ذات الحق المدعى به فلا يعد دفعها موضوعيا ، ولا يوجه الى اجراءات الخصومة فلا يعد دفعا شكليا ، وانما يوجه الى الوسيلة التى يحى بها صاحب الحق حقه وما اذا كان من الجائز استعمالها أم أن شرط هذا الاستعمال غير متوافر . فالخصم بهذا الدفع ينكر وجود دعوى لدى خصمه لعدم توافر أحد الشروط التى يتطلبها القانون لقبولها سواء أكانت هذه الشروط من الشروط العامة التى يتعين أن تتوافر لسماع الدعوى أو من الشروط الخاصة بالدعوى المقدم بشأنها الدفع .

٩ - شروط قبول الدعوى : الشروط العامة التى يوجب الشراح توافرها لقبول الدعوى هى أن تستند الى حق والى مصلحة وأن يكون رافعها أهلا للتقاضى ذا صفة لموالاتها ، وألا يكون قد سبق صدور حكم فى موضوعها .

والواقع اننا اذا سلمنا بأنه يشترط لقبول الدعوى أن تستند الى حق مستحق الاداء نكون قد استغنيا عن شرط المصلحة بأوصافها التى اعتاد الشراح ترديدها ، فوجود الحق فى رفع الدعوى يعد مرادفا للمصلحة القانونية ، وكون الحق مستحقا الاداء هو المصلحة القائمة الحالة . أما شرط الاهلية ، أى توافر أهلية التقاضى فيمن يباشر الدعوى ، فهو شرط لصحة المطالبة القضائية ، أى لصحة انعقاد الخصومة ، وليس شرطا لقبول الدعوى كما يرى بعض الشراح فى فرنسا وذلك لان دعوى عديم الاهلية مقبولة ولا ينشأ عن فقد أهليته الا عدم صلاحيته لمباشرة اجراءات الخصومة بنفسه « ١ » .

(١) والنظرة المتقدمة تقتضى ان يعد الدفع ببطان الخصومة لانعدام الاهلية من الدفع الشكلى ، وبأخذ القضاء الفرنسى بهذا الاتجاه ، كما يأخذ به بعض الشراح فى فرنسا ، فقد قيل ان التمسك بفقد أهلية المدعى من الدفع التى يقصد بهامجرد وقف اجراءات الخصومة *exception dilatoire* حتى يتم تعيين من يمثلته تمثيلا قانونيا صحيحا .
وقيل ان الخلاف المتقدم لا اهمية له من الناحية العملية لان هذا الدفع =

وعلى ذلك تكون شروط قبول الدعوى هي أن تستند الى حق مستحق الاداء وأن ترفع من ذى صفة وألا يكون قد سبق صدور حكم في موضوعها . وقد يحدد المشرع ميعادا معيناً أو مناسبة معينة لرفع بعض الدعاوى فلا تقبل اذا رفعت قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة .

حصر حالات الدفع

١٠ - لما كان الدفع باتقاء المصلحة القانونية أو المصلحة الطالة انما هو في واقع الامر دفع موضوعي كما رأينا «١» ، فيكون الدفع بعدم القبول

= يجوز ان يبدى في اية حالة تكون عليها الدعوى على اعتبار ان الخصومة حالة قانونية مستمرة والبطلان المترتب على عدم الاهلية بطلان مستمر ومتجدد يلحق كل اجراء من اجراءاتها . فهذا الدفع اذن لا يسقط بحضور صاحب الحق فيه الى الجلسة المحددة لنظر القضية ، كما لا يسقط بتكلمه في الموضوع . ولعل هذه الصفة الاخيرة هي التي حدت بالشرح في فرنسا الى عدم الاشارة اليه عند الكلام في الدفوع الشكلية . وهو على اى حال لا يدخل في عدادها لانها وردت في القانون على سبيل الحصر .

ويجرى القضاء في فرنسا على اعتبار الاجراءات صحيحة اذا استكمل فاقد الاهلية اهليته اثناء نظر الدعوى او اذا تدخل فيها من يمثله تمثيلاً صحيحاً ، وهو يجيز تصحيح الاجراءات ولو تم هذا التصحيح في الاستئناف او امام محكمة النقض ، ولا يستلزم رفع دعوى مبتدأة في هذا الصدد . (انظر في هذا الموضوع Germain Brulhiard « المرافعات المدنية سنة ١٩٤٤ رقم ١٦ وموريل رقم ٣٢٠ وتقض فرنسي ٤ نوفمبر ١٩٠٢ سريه ١٩٠٢ - ١ - ٢٧٣ و ٢٢ يولييه ١٩٣١ جازيت باليه ٣٠ اكتوبر ٨ نوفمبر ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ - ٥٢٢ ») .

ومما هو جدير بالاشارة ان المادة ٤٠ من قانون المرافعات اللبناني تنص على انه اذا اقيمت الدعوى على احد فاقدى الاهلية ولم يكن له ممثل قانوني فيحق للمدعى ان يلتبس من رئيس المحكمة تعيين ممثل خاص ليقوم مقام الممثل القانوني وربما يتم تعيينه .

(١) ويأخذ بهذا الاتجاه الفقه والقضاء في فرنسا سواء قبل صدور مرسوم سنة ١٩٣٥ ام بعده ، كما يأخذ به الفقه والقضاء في مصر .

انظر « نظرية المصلحة في الدعوى » ص ١٢ وما بعدها والاحكام العديدة المشار اليها .

وانظر استئناف مختلف ٦ مايو ١٩٢٦ (مجلة التشريع والقضاء ٣٨ ص ٣٩٣) واستئناف مختلط ٢٥ يونيه ١٩٢٩ (مجلة التشريع والقضاء ٤١ ص ٤٦٦) ، واستئناف مختلط ٢١ فبراير ١٩٣٠ (الجازيت ٢١ العدد =

منحصرا فقط في الاحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر وجود دعوى لديه لسبق صدور حكم في موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك كرفعها قبل أو بعد هذا الميعاد أو تلك المناسبة .

وجدير بالإشارة أنه كلما تناولت المدة حقا من الحقوق وأدت الى اقتضائه ، اعتبر الدفع الموجه من الخصم بزوال الدعوى التي تكفل حماية الحق من الدفع بعدم القبول ، وذلك على تقدير أن الحق باقضاء الميعاد المحدد لاستعماله تزول عنه حماية القانون . وهذه قاعدة عامة يعمل بها بالنسبة لسائر فروع القانون ، أيا كان قدر المدة التي تناولت الحق وأدت الى زواله .

ومن أمثلة هذا الدفع : الدفع بعدم قبول دعوى الحيازة من بادر برفع دعوى المطالبة بالحق ، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه في دعوى الحيازة قبل التخلي عن الحيازة لخصمه ، والدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله ، وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين (م ٧٨٨ مدني) ، وعدم قبول دعوى التنصل من عمل متعلق بخصومة قائمة اذا رفعت بعد مضي

= ٢٤٥-٢٤٢ ص ٢٠٧) ، وتعليق المرحوم محمد حامد فهمي على الحكم الاخير في مجلة القانون والاقتصاد السنة الاولى ص ٨٧١ وما بعدها .

واستئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ (المحاماة ٢١ ص ١٣٦٣)

واستئناف مصر ٧ مارس سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٩ ص ٨٨٧) .

وانظر موريل رقم ٥٢ والاحكام المشار اليها .

وبلاحظ ان من بين القضاء المتقدم مابعتبر الدفع بانتفاء الصفة دفعا موضوعيا (انظر احكام محكمة الاستئناف المختلطة المتقدمة وتعليق المرحوم محمد حامد فهمي) ، ولكننا نراه دفعا بعدم القبول لانه لايمس موضوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعد . واذا كانت المحكمة وهي بسبيل اصدار حكمها في الدفع تتعرض لفحص الموضوع في بعض الحالات فان هذا لاينفي اعتباره دفعا بعدم القبول ، ولا ادل على ذلك من ان الحكم في الدفع بعدم الاختصاص يقتضي في كثير من الحالات فحص موضوع الدعوى ومع ذلك لم يقل احد باعتباره من الدفع الموضوعية .

سته أشهر من تاريخ ذلك العمل (م ٨١٣) ، والدفع بعدم قبول الطلب الجديد أما المحكمة الاستئنافية وعدم قبول طلبات التدخل لاقتضاء صلة الارتباط بينها وبين الدعوى الأصلية أو عدم قبول تدخله لحصوله بعدم اقبال باب المرافعة ، وعدم قبول الاستئناف المقابل لرفعه بعد قفل باب المرافعة في الاستئناف الاصلى ، وعدم قبول الطعن في الحكم ممن سبق له الرضاء به أو لرفعه قبل الميعاد أو بعده ، وعدم قبول الدعوى لسقوط الحق الموضوعى بالتقادم « ١ » .

(١) بالنسبة للدفع بانقضاء الحق بالتقادم قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه دفع موضوعى (الدائرة المدنية ٢٣ فبراير ١٩٤٤ سريه ١٩٤٤-١-١١٧) وأنظر أيضا ربرتوار دالوز الجديد ص ٤٣٠ رقم ١٥٥ ومقال Vasseur (فى مجلة القانون المدنى ، العدد الأخير سنة ١٩٥٠ رقم ١٥ وما بعده) فى **Délais préfix, délais de prescription, délais de procédure** ولعل هذا القضاء كان المقصود به تفادى أعمال المادة ١٩٢ مرافعات فرنسى (التى ستأتى الإشارة إليها) . ومن الشراح من يرى انه يعد دفعا بعدم القبول (مقال Beguet المتقدمة الإشارة إليها) ومؤلف الدكتور البندراوى فى « اثر مضى المدة فى الالتزام رقم ٢٧١ وما بعده » على اعتبار أن الحق لا ينقضى بالتقادم وإنما تزول عنه حماية القانون فيكون الدفع بالتقادم موجها الى الوسيلة التى يحمى بها صاحب الحق حقه وبعد لذلك دفعا بعدم القبول . والواقع أن هذا الخلاف ليست له أهمية عملية فى مصر فكل من الدفع بالتقادم والدفع بعدم القبول يجوز ابداءه فى اية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية (م ٢/٢٨٧ مدنى و ١٤٢ مرافعات) .

أحكام الدفع بعدم القبول

١١ - لم يرد في قانون المرافعات القديم نصوص خاصة بالدفع بعدم القبول ، وتساءل الشراح فيما اذا كان يلحق بالدفع الشكلية - ولو من بعض الوجوه - أم تسرى عليه أحكام الدفع الموضوعية .

وفي فرنسا ، كان القانون القديم يلحق الدفع بعدم القبول بالدفع الموضوعية ويجيز ابداءها في أية حالة تكون عليها الدعوى «^١» ، وجاء مشروع قانون المرافعات ينص على وجوب ابداء هذه الدفع قبل التكلم في الموضوع (م ١٨٥ من المشروع) «^٢» ، ثم رأى حذف هذه المادة من المشروع على تقدير أن اصطلاح « الدفع بعدم القبول » اصطلاح غامض يصعب تحديد حقيقة المراد منه .

وعلى الرغم من حذف هذا النص فقد كان كثير من الشراح الفرنسيين يسمون بوجود هذا الدفع ، انما كانوا يلحقونه من بعض الوجوه بالدفع الموضوعية وخاصة من ناحية الوقت الذي يجوز فيه ابداء الدفع «^٣» .

و في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون يوجب بنص المادة ١٩٢ من قانون المرافعات ابداء الدفع بعدم القبول قبل التكلم في الموضوع . والمقصود من هذا النص عدم السماح للمدعى عليه بالتراخي في ابداء الدفع التي لاتمس أصل الحق بعد التكلم في الموضوع منعاً من تأخير الفصل في الدعوى . ورأى الشراح الفرنسيون أن هذه القاعدة تجافي المبادئ السليمة لانها تؤدي الى حرمان المدعى عليه من دفاع يمس غالباً موضوع الدعوى عن قرب . وحاولوا ، مع المحاكم ، بمختلف الوسائل تجزيد النص المتقدم من كل أثر .

(١) بونيه رقم ٣٩ وموريل رقم ٤٧ .

(٢) Vanlaer المرجع السابق - الجزء الاول ص ٢٧٧ .

(٣) جلاسون ١ رقم ٢٢٧ .

أما قانون المرافعات الجديد ، فلم ير الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابدائه في أية حالة تكون عليها ولو في الاستئناف (م ١٤٢) • أما غير ذلك من المسائل التي يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع فلم يتعرض لها المشرع ، وقد حرص على التنبيه الى الفرق بين هذه الدفوع وبين سائر الدفوع الشكلية فخصها بالذكر في عنوان الفصل ولم يذكرها في عداد الدفوع التي صدر هذا الفصل بحصرها •

والمسائل التي يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع هي الآتية :
 (١) هل التكلم في الموضوع يفيد النزول عن الحق في ابدائها • (٢) هل على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى • (٣) هل الحكم الصادر بقبول الدفع يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أثر الحكم يقتصر على الغاء اجراءات الخصومة التي صدر فيها • (٤) هل يترتب على استئناف الحكم بقبول الدفع طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل في الدفع بعدم القبول •

١٢ — هل التعرض للموضوع يفيد النزول عن ابدائها ؟ •

قدمنا أن قانون المرافعات القديم لم يرد به نص خاص في هذا الصدد ، وكان الرأي الراجح يميل الى إلحاق هذه الدفوع بالدفوع الموضوعية لان الدفوع الشكلية قد وردت في القانون على سبيل الحصر ، ولان القاعدة الواردة بصدها قاعدة استثنائية ، وعلى ذلك كان من الجائز ابداء هذه الدفوع ولو بعد التعرض للموضوع •

وكان الفقه والقضاء في فرنسا قبل مرسوم سنة ١٩٣٥ يأخذان أيضا بهذا الاتجاه • فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة هو من وسائل الدفاع في الموضوع يجوز أن يبدى لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ولا يصح أن يخلط بالدفوع

الشكلية ، فيوجب ابداءه قبل التكلم في الموضوع «١» .

وقضت أيضا المحاكم الاهلية والمختلطة بهذا المعنى وأجازت التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى في أية حالة تكون عليها «٢» .

وعند تعديل بعض نصوص القانون الفرنسى سنة ١٩٣١ أثير جدل حول اعتبار الدفع بعدم القبول دفعا موضوعيا أو دفعا شكليا ، وصدر المرسوم بقانون فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ معدلا المادة ١٩٢ من قانون المرافعات الفرنسى ، وهى تنص على أن كافة الدفوع بعدم القبول يتعين للتمسك بها ابدائها قبل التكلم فى موضوع الدعوى . وبهذا الحق المشرع الفرنسى الدفع بعدم القبول بالدفوع الشكلية وأوجب ابداءها جميعا قبل التكلم فى الموضوع . والمقصود من هذه القاعدة عدم السماح للمدعى عليه بالتراخى فى ابداء الدفوع التى لاتمس أصل الحق بعد التكلم فى الموضوع منعا من تأخير الفصل فى الدعوى .

ولما كانت هذه القاعدة تعافى المبادئ السلبية لأنها تؤدى الى حرمان المدعى عليه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب ، فقد حاول الشراح والمحاكم بمختلف الوسائل تجريد النص المتقدم من كل أثر ، فقيّل انه لايتعلق الا بالدفوع التى أشارت اليها النصوص المتقدمة عليه (وليس من بينها الدفوع بعدم القبول) ، وقيل ان المشرع قد أخطأ فى استعماله للاصطلاحات ، فميزوا بين نوعين من الدفوع بعدم القبول :

(١) نقض فرنسى ٢٧ يولييه ١٨٦٩ (سريه ١٩٧٠-١-٥٦) و ١٧ ابريل سنة ١٨٦٦ (سريه ١٨٦٦-١-٢٨٤) و ٢٧ ابريل ١٨٧٥ (سريه ٧٥-١-٢٦٣) . وحكم محكمة استئناف شامبيرى فى ٢٨ مارس ١٨٧٤ (سريه ٧٥-٢-٣٩) .

(٢) استئناف مصر ٥ يناير ١٨٩٩ - المجموعة الرسمية ١ ص ٤ .

واستئناف مصر ٧ مارس ١٩٢٨ - المحاماة ٩ ص ٨٨٧ .

واستئناف مختلط ٦ فبراير ١٩١٩ (مجلة التشريع والقضاء ٣١ ص ١٥٦)

دفع متصل بالموضوع كالدفع باتضاء المصلحة والدفع بحجية الشيء المحكوم فيه ودفع مبناها السقوط لانقضاء المدة أو الميعاد ، واعتبر النوع الاول من الدفع الموضوعية البحتة فيجوز ابدؤها في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو بعد التكلم في الموضوع ، واعتبر النوع الثاني من الدفع التي تخضع لحكم المادة ١٩٢ والتي تعنيها ولا يجوز التراخي في الادلاء بها بل يتعين ابدؤها قبل التكلم في الموضوع «١» .

١٣ - أما في مصر ، عند وضع قانون المرافعات الجديد ، فلم يكن ثمة بد من وضع نص يتضمن حكم الدفع بعدم القبول بعد أن طال بحثه في الفقه والقضاء وبعد أن عني بالنص على حكمه في التشريع الفرنسي ، فنص المشرع في المادة ١٤٢ على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابدؤه في أية حالة تكون عليها ولو في الاستئناف «٢» .

ومن هذا النص يتضح أن المشرع المصري رأى أن الدفع بعدم القبول ليس قريبا من الدفع الشكلية بل هو - من هذه الناحية - في حكم الدفع الموضوعية ، وأجاز ابداءه في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف حتى لا يحرم الخصم - وهو غالبا المدعى عليه - من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب . ولم ير الاخذ باتجاه الرأي الآخر

(١) انظر موريل رقم ٥٢ وسوليس ص ٢٦٥ و٢٦٦ ومقال هبردد في Rev. crit. 1939 رقم ٢٤ و Vanlaer المرجع المتقدم ص ٢٧٨ وملحق جلاسون ٥ رقم ٢٢٧ ومقال Béguet المقدمة الاشارة اليها .
وانظر ايضا نقض فرنسي (الدائرة المدنية) ١٤ يونيو سنة ١٩٥٠ (جازيت باليه ٧-١٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ وحكم محكمة Grenoble في ٢٣ فبراير ١٩٤٩ (دالوز ٤٩-٢١٧)) ونقض (الدائرة المدنية) ١٧ ديسمبر ١٩٤١ (دالوز ١٩٤٢-١١٣) وتعليق Carbonnier ، ونقض ٢٣ فبراير ١٩٤٤ (سيرييه ١٩٤٤-١-١٧) وتعليق موريل .

(٢) هذه المادة تنمى مع المادة ٢/٢٨٧ من القانون المدني التي تنص على جواز التمسك بالتقادم في اية حالة كانت عليها الدعوى ولو امام المحكمة الاستئنافية

إنما الغريب أن المشرع المصرى وقد أورد نص المادة ١٤٢ ، أتى بقاعدة تناقض معها في الباب المتعلق بإجراءات الجلسات ونظامها ، فهو يجعل من الذى يجعل لسرعة الفصل فى الدعوى ومنع تأخير البت فيها الاعتبار الاول .

بين اختصاصات قاضى التحضير الحكم فى الدفع بعدم قبول الدعوى أو بانقضاء الحق فى اقامتها بمضى المدة (م ١١١ / ٩) ، وهو يوجب على الخصوم ابداء هذه الدفوع أمام قاضى التحضير والا سقط الحق فى الادلاء بها ، فالمادة ١١٧ تنص على أن المحكمة لا تقبل بعد احالة الدعوى عليها أى دفع أو طلب أو ورقة مما كان يلزم تقديمه لقاضى التحضير الا اذا ثبت لها أن أسباب ذلك الدفع أو الطلب أو تقديم تلك الورقة طرأت بعد الاحالة أو كان الطالب يجهلها عند الاحالة .

وتضيف الفقرة الثانية من ذات المادة أنه اذا رأت المحكمة تحقيقا للعدالة قبول دفع أو طلب أو ورقة جديدة جاز لها مع ذلك الحكم على الخصم الذى وقع منه الاهمال بغرامة لا تقل عن مائتى قرش ولا تتجاوز الف قرش .

وفى رأينا أن المشرع عند وضع قانون المرافعات الجديد لم يدر بخلفه أن يبقى على نظام قاضى التحضير ، فنصوص قانون المرافعات وضعت على اعتبار الغاء هذا النظام ثم رؤى بعد ذلك الإبقاء عليه فوجدت نصوصه متعارضة فى بعض مبادئها مع صلب القانون .

ومما لاشك فيه أن القضاء سيجز ابداء هذه الدفوع فى أية حالة تكون عليها الدعوى عملا بالفقرة الثانية من المادة ١١٧ ، وسيجد نفسه حيال استحالة أدبية فى اجمال القاعدة الاخيرة الواردة فى المادة ١١٧ التى تجيز توقيع غرامة على الخصم الذى يهمل فى مراعاة ميعاد الادلاء بالدفع .

١٤ - خلصنا من كل ما تقدم الى أنه في فرنسا يوجب القانون ابداء هذه الدفوع قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق في الادلاء بها ، ومع ذلك يفرق القضاء بين الدفوع بعدم القبول التي تتصل بالموضوع والدفوع التي مبنائها السقوط لاقتضاء الميعاد ، ويعتبر الاولى من الدفوع الموضوعية البحتة ويجيز الادلاء بها في أية حالة تكون عليها الدعوى . وخلصنا أيضا الى أنه في مصر يجيز القانون ابداء هذه الدفوع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف . فالمرجع الفرنسي قصد منع تأخير الفصل في الدعوى والمرجع المصري راعى مصلحة المدعى عليه حتى لا يجرمه من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب .

والواقع أننا اذا سلمنا ، كما قلنا ، بأن الدفع بعدم القبول ينحصر في الاحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته في استعمال الدعوى لسبق الفصل في موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها - دون الاحوال التي ينكر فيها الخصم سلطة خصمه لاقتضاء المصلحة - يكون الدفع بعدم القبول بعيدا عن أن يمس موضوع الدعوى ، فتكون القاعدة الواردة في القانون الفرنسي - التي توجب ابداء هذا الدفع قبل التكلم في الموضوع - ظاهر السداد حتى لا يتأخر الفصل في الدعوى . وهذه تكاد تكون النتيجة التي توصل اليها الفقه والقضاء في فرنسا .

ويلاحظ أخيرا أنه يتعين ابداء الدفوع الشكلية التي لاتتعلق بالنظام العام قبل ابداء الدفع بعدم القبول والا سقط الحق في التمسك بها . ويؤخذ بهذا الاتجاه ، سواء أكان التشريع يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التسكلم في الموضوع أو يجيزه في أية حال تكون عليها الدعوى ، فالقانون الفرنسي يوجب على الخصم أن يبدى أولا الدفع بوجوب تقديم

كفالة والدفع بعدم الاختصاص المحلى قبل الدفع بعدم القبول والا سقط الحق في التمسك بالدفع الشكلى ، ويوجب أيضا ابداء جميع الدفع بالبطلان والدفع بعدم القبول معا والا سقط الحق فيما لم يبد منها (م ١٩٢ من القانون الفرنسى) • والقانون المصرى يوجب أيضا ابداء الدفع الشكلى التى لاتتعلق بالنظام العام قبل الدفع بعدم القبول والا سقط الحق في التمسك بها لان المادة ١٤١ منه تنص على الزام الخصم بابداء الدفع بيطلان أوراق التكليف بالحضور قبل الدفع بعدم قبول الدعوى ، والمادة ١٣٣ تنص على الزامه بابداء الدفع بعدم الاختصاص المحلى والدفع باحالة الدعوى الى محكمة أخرى لقيام ذات النزاع أمامها أو لقيام دعوى أخرى مرتبطة بها معا وقبل ابداء الدفع بيطلان أوراق التكليف بالحضور •

١٥ - ثانيا : هل على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ؟

يسلم الفقه والقضاء فى مصر وفى فرنسا بأنه لا يمكن تقرير حكم عام يسرى على سائر الدفع بعدم القبول ، فتمة حالات يتعين فيها على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى ولو رفعت الدعوى بناء على اتفاق طرفيها ، وثمة حالات أخرى يتعين فيها التمسك بالدفع حتى تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى ، ويتعين البحث فى موضوع كل دفع على حدة لمعرفة طبيعة البواعث التى دعت الى تقريره ، والتساؤل فى كل حالة عما اذا كان الدفع مقررًا لصالح المدعى عليه أو مقررًا فضلا عن ذلك لصالح المجتمع ذاته •

ومن أمثلة الدفع المتصلة بالنظام العام الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة فى الاستئناف (م ٤١١) والدفع بعدم قبول الطعن فى الحكم

لرفعه قبل الميعاد أو بعده كعدم قبول الاستئناف المرفوع قبل الفصل في الموضوع عن حكم فرعى لا يقبل الطعن المباشر .

ويلاحظ أن قانون المرافعات يوجب على المحكمة بنص المادة ٣٨١ أن تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن في الحكم اذا رفع بعد الميعاد ، ولا يستشف من ذات النص أن القانون يلزم المحكمة بالحكم بعدم قبول الاستئناف اذا رفع قبل الميعاد اذ المادة تقول « يترتب على عدم مراعاة مواعيد الطعن في الاحكام سقوط الحق في الطعن . وتقضى المحكمة بالسقوط من تلقاء نفسها » ، فعدم مراعاة الميعاد الذي يترتب عليه سقوط الحق يشمل فقط عملا بالنص المتقدم أحوال رفع الطعن بعد الميعاد دون أحوال رفع الطعن قبل الميعاد لان رفع الطعن قبل الميعاد لا يترتب عليه سقوط الحق فيه . ومع ذلك فنحن نرى أن على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الطعن لرفعه قبل الميعاد لان رفع الطعن في ميعاده هو من الامور التي يوجبها النظام العام . وهذه القاعدة مسلم بها في الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر في ظل القانون القديم الذي لم يتضمن الحكم الوارد بنص المادة ٣٨١ « ١ » .

والدفع بانكار صفة الخصم هو من الدفع التي تتصل بالنظام العام وذلك على اعتبار أن المحكمة يتعين عليها قبل تناول موضوع الدعوى أن تتحقق من صفات الخصوم وتتحقق من وكالة من ينوب عنهم فعليها ومن تلقاء نفسها أن تطالبهم بتقديم ما يثبت وكالتهم عن صاحب المصلحة في الدعوى « ٢ » ، حتى لا تشغل بقضايا غير جدية لا يفيد منها أحد أو بقضايا

(١) جلاسون ٣ رقم ٨٧٧ والعشماوى رقم ٨٧٣ ومحمد حامد فهمى رقم ٧٠٢ .

واستئناف مختلط ٢٧ يونيه ١٩٤٥ (مجلة التشريع والقضاء ٥٧ ص ١٩١) واستئناف مختلط ١٣ يونيه ١٩٤٤ (مجلة التشريع والقضاء ٥٦ ص ١٨٦) .

(٢) موريل رقم ٢٧ ونقض فرنسي (الدائرة المدنية) ٧ يناير ١٨٩٥ (دالوز ١٨٩٥-١-٣٨) ونقض فرنسي ٢٤ نوفمبر ١٨٨٠ (سيريه ٨١-١-٦٥) ونقض بلجيكي ١١ نوفمبر سنة ١٨٦٩ (دالوز ١٨٧٠-٢-١) وجلاسون ١ رقم ١٣٧ وموريل ٣٢٦ ونقض فرنسي ١٧ ديسمبر ١٩٢٩ جازيت باليه ٧ فبراير سنة ١٩٣٠ ونقض فرنسي ١٥ يولييه ١٩٢٤ (دالوز ١٩٢٤-١-٢٠) .

رفعت لمجرد المشاكسة .

ويلاحظ أنه اذا لم يثبت من حضر عن المدعى الوكالة على الوجه المطلوب قانونا فالمحكمة لاتحكم بعدم قبول الدعوى وانما ترخص للوكيل بايداع توكيله في ميعاد تحدده ، ويجب أن يتم هذا الايداع في جلسة المرافعة على الاكثر (م ٨٢) ، فان لم يودع الوكيل توكيله كان على المحكمة أن تنظر القضية على اعتبار أن المدعى متخلفا عن الحضور . ولا يجوز لها أن تفصل فيها معتمدة على ما يدلى به مدعى الوكالة ، والا كان حكمها باطلا لبطلان الاجراءات المتقدمة عليه والتي بنى عليها . كما أن للمدعى أن يتصل بما قام به من تصرف باسمه فتبطل اجراءات الخصومة وتسقط ويسقط الحكم الصادر فيها .

ويتجه رأى الى أن هذا الدفع لايتعلق بالنظام العام على اعتبار أن النظام العام لايعنيه - مادام من الثابت وجود حق وحدث اعتداء على هذا الحق - أن يدافع عنه صاحبه أو سواه كما أنه قد يحدث أن تكون هناك وكالة بين المدعى وصاحب الحق الحقيقي أو أن يقوم المدعى بالدعوى على سبيل الفضالة (١) .

ومع ذلك فنحن نرى أن الدفع باتفاء الصفة يتعلق بالنظام العام لان الحكم الصادر في موضوع الدعوى قد يصدر على الخصم الذى لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا ، فيتمسك بعدم جواز الاحتجاج به في مواجهته على اعتبار أنه لم يكن طرفا في الخصومة التى صدر فيها ، هذا اذا لم ترفع الخصومة باسمه ، أو يتصل بما قام به من تولى السير في الخصومة فتبطل ويبطل الحكم الصادر فيها ، هذا اذا رفعت الدعوى باسمه . وعلى ذلك ولتقضى السير في اجراءات مهددة بالزوال والبطلان يكون من المصلحة العامة أن تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى التى يرفعها من ليست له صفة في مباشرتها حتى لاتشغل بقضايا مهددة بالزوال أو

(١) الشرقاوى (نظرية المصلحة في الدعوى) رقم ٢٨٨ ، ٢٨٩ والاحكام التى اشار اليها .

لا يفيد منها أحد . وهذا الاتجاه في التفكير يتمشى تماما مع ما يذهب اليه الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر من الزام المحكمة من تلقاء نفسها بتكليف من يحضر عن الخصوم باثبات وكالتهم عنهم ، وذلك خشية السير في اجراءات مهددة بالبطلان .

ومن أمثلة الدفوع بعدم القبول التي لاتتعلق بالنظام العام الدفع بعدم قبول دعوى منع التعرض لرفعها بعد سنة من حصوله والدفع بعدم قبول دعوى الحيازة لرفعها بعد اقامة دعوى المطالبة بالحق ، وعدم قبول دعوى المطالبة بالحق المرفوعة من المدعى عليه في دعوى الحيازة قبل التخلي عن الحيازة لخصمه وعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل قبل رجوعه على المدين (م ٧٨٨ من القانون المدني) .

ومن أمثلة هذه الدفوع أيضا الدفع بحجية الشيء المحكوم به فالمادة ٤٠٥/٢ من القانون المدني تنص على أنه لايجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها . ومن ثم يجوز لطرفي الخصومة بعد صدور حكم في موضوعها الاتفاق على اعادة طرح النزاع من جديد على القضاء مع تنازل المحكوم له عن التمسك بحجية الحكم .

والغريب أن المادة ٤٢٦ من قانون المرافعات «١» تجيز للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في أى حكم انتهائى - أيا كانت المحكمة التي أصدرته - فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشيء المحكوم به سواء دفع بهذا الدفع أم لم يدفع . وهذا النص لايتسق مع منع محكمة الموضوع من الاعتداد من تلقاء نفسها بقوة الشيء المحكوم فيه ولو كان من أثر ذلك تعريض قضائها للنقض ، ويناقض قضاء محكمة النقض الذي يقرر عدم قبول التمسك بحجية الحكم

(١) وتنص المادة ٣٩٧ أيضا على انه يجوز استئناف جميع الاحكام الصادرة في حدود النصاب الانتهائى اذا كان الحكم صادرا على خلاف حكم سابق لم يحز قوة الشيء المحكوم به . ويطرح الحكم السابق على المحكمة الاستئنافية اذا لم يكن قد صار انتهائيا عند رفع الاستئناف .

السابق لأول مرة أمام محكمة النقض في حالة ما يكون المتمسك هو المطعون عليه «١» .

وتنص المادة ١/٣٨٧ من القانون المدني على أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بالتقادم من تلقاء نفسها ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أى شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدين .

أما عن الدفع باتقاء المصلحة القانونية أو المصلحة الحالة فقد قدمنا أنهما من الدفع الموضوعية البحتة التي تتصل بأصل الحق . ولمعرفة مدى تعلقها بالنظام العام يتعين الرجوع الى القواعد الاساسية التي تتصل بنظام المجتمع الاعلى ، فمثلا الاتفاق الذى يحتم على شخصين ايجاد علاقة جنسية غير مشروعة هو اتفاق باطل ، وبالتالي استناد أحد هذين الشخصين على مثل هذا الاتفاق في اقامة دعوى يوجب على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها برفضها على اعتبار أن العقد مخالف لحسن الآداب «٢» .

وحرى بالذكر أن الدفع التي تتصل بالنظام العام لايجوز الاتفاق مقدما على عدم الادلاء بها لأن المحكمة عليها من تلقاء نفسها أن تراعى المسائل المتصلة بالنظام العام ، وهى تعد مطروحة أمامها بغير حاجة الى الادلاء بها من جانب أحد الخصوم .

أما الدفع التي لاتتعلق بالنظام العام فمن الجائز الاتفاق مقدما على عدم الادلاء بها اذا كان ذلك متصورا عملا .

١٦ - ثالثا : هل الحكم الصادر بقبول الدفع يترتب عليه عدم جواز تجديد الدعوى أم أن أثر الحكم يقتصر على الغاء اجراءات الحضور التي صدر فيها ؟ .

نعلم أن الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعي يترتب عليه عدم جواز

(١) نقض ٢٩ فبراير ١٩٤٧ - مجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ١٥٨ والتعليق عليه .

(٢) راجع ايضا استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ - المحاماة ٣١ ص ١٣٦٣

تجديد الدعوى اذ يحوز حجية الشيء المحكوم به ، اما الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى فهو عائق مؤقت للدعوى ويقتصر أثره على الغاء اجراءات الخصومة التى صدر فيها ويجوز لصاحب المصلحة تجديد الدعوى اذا لم يكن قد سقط حقه بسبب من اسباب السقوط .

والواضح أنه لا يمكن وضع حكم عام يتعلق بأثر الحكم الصادر بقبول الدفع بعدم القبول ، فأحيانا يترتب على الحكم بقبوله عدم جواز تجديد الدعوى كما هو الحال بالنسبة للدفع بسقوط الحق فى رفع دعوى الحيابة بالنسبة لمن بادر برفع دعوى المطالبة بالحق أو سقوط الاستئناف لرفعه بعد الميعاد ، وأحيانا أخرى يقتصر أثر الحكم بعدم قبول الدفع على الغاء اجراءات الخصومة ويكون من الممكن تجديد الدعوى كما لو رفعت الدعوى قبل أوانها أو مناسبتها ، فاذا حكم بعدم قبول دعوى المطالبة بالحق من المدعى عليه فى دعوى الحيابة جاز له تجديدها بعد التخلي بالفعل عن الحيابة لخصمه ، واذا حكم بعدم قبول دعوى الدائن على الكفيل اذا لم يكن قد رجع على المدين (م ٧٨٨ مدنى) جاز له تجديد دعواه على الكفيل اذا ما رجع على المدين ، واذا حكم بعدم قبول الطعن بالنقض فى حكم فرعى لرفعه فور صدور الحكم جاز تجديد الطعن بعد صدور الحكم فى الموضوع .

١٧ - رابعا : هل يترتب على استئناف الحكم بقبول الدفع طرح النزاع برمته على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد انتمصل فى الدفع بعدم القبول ؟ .

نعلم أن الحكم الصادر بقبول الدفع الشكلى لا يمس موضوع النزاع ، وبالتالي ، عند استئنافه ، تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثانية على مجرد الفصل فى الدفع الشكلى دون أن تعرض لموضوع الدعوى عملا بالقواعد العامة التى تقضى بأن الاستئناف يطرح على محكمة الدرجة الثانية ما رفع عنه الاستئناف من قضايا محكمة الدرجة الاولى « ١ » ، ويكون لمحكمة

الدرجة الاولى أن تفصل في موضوع الدعوى اذا الفت محكمة الدرجة الثانية حكمها الصادر بقبول الدفع الشكلى . أما الحكم الصادر بقبول الدفع الموضوعى فان استئنافه يطرح على محكمة الدرجة الثانية النزاع برتمه ولا يجوز لمحكمة الدرجة الاولى أن تتعرض مرة ثانية لموضوع الدعوى الذى سبق أن أصدرت فيه حكمها .

وقد ثار النزاع بصدد الحكم بقبول الدفع بعدم القبول هل يترتب على استئنافه طرح النزاع برتمه على محكمة الدرجة الثانية أم أن ولايتها تقتصر على مجرد الفصل فى الدفع بعدم القبول دون أن يكون لها التعرض للموضوع اللهم الا اذا كان المشرع يجيز لها حق التصدى - وهو حق لمحكمة الدرجة الثانية فى أن تصدى لموضوع الدعوى وتفصل فيه اذا الفت الحكم الفرعى المستأنف وكانت الدعوى صالحة للحكم فيها « ١ » ؟

واتجهت محكمة النقض الفرنسية (قبل صدور مرسوم سنة ١٩٣٥) ومحكمة الاستئناف المختلطة الى تقسيم الدفع بعدم القبول الى قسمين : دفع أولية لاتصل بالموضوع ودفع متصل بالموضوع *exception purement préjudicielle ou se lie au fond* وعند استئناف الحكم الصادر فى النوع الاول من الدفع لايجوز للمحكمة الاستئنافية أن تتعرض للموضوع ، وعند استئناف الحكم الصادر فى النوع الثانى تنظر المحكمة القضية بأكملها بناء على ما للاستئناف من أثر نقل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية ، ودون أن يكون هناك محل لاعمال نصوص القانون المتعلقة

(١) قيل لتبرير حق التصدى ان المشرع اراد به ان يمنع محكمة الدرجة الاولى من الفصل فى موضوع الدعوى لانها وقد جانبت الصواب فى حكمها الفرعى فقد ضعف الامل فى حسن قضائها فى الموضوع لما بينهما من صلة . ولا يخفى ان حق التصدى يفوت على الخصوم درجة من درجات التقاضى . ولم ير المشرع فى قانون المرافعات الجديد ان يبقى لمحكمة الدرجة الثانية ما كان يخوله لها القانون القديم من حق التصدى لموضوع الدعوى .

بالتصدي «١» .

١٨ - ومما قالته محكمة الاستئناف المختلطة في أحد أحكامها « ان محكمة الاستئناف تكون ملزمة بنظر الموضوع والفصل فيه لمجرد ما للاستئناف من أثر قل النزاع الى محكمة الدرجة الثانية «٢» ، ثم قالت ، ان الدفع باتفاء الصفة ليس دفعا ابتدائيا مما لا يمس الموضوع ولا يتصل به ، بل ان النزاع في القضية كان يشمل ما اذا كان الدين قد نشأ و ثبت في ذمة المدينين ويشمل ما اذا كان قد بقي في ذمتهم وما اذا كان المدعى لا يزال صاحب الصفة في المطالبة به ، أم أنه انتقل بالحوالة الى شخص آخر (وهو ما ادعاه المستأنف عليهم ودفعوا به وحده الدعوى) . لذلك رأت المحكمة من واجبها ، وهي محكمة استئنافية انتقل النزاع اليها برمته ، أن تنظر في باقى النقط الموضوعية التي لم يتعرض لها قضاة محكمة الدرجة الاولى ، أما نصوص القانون المتعلقة بحق التصدي فلا محل لتطبيقها ما دامت غريبة عن موضوع البحث «٣» .

ومما قاله المرحوم الدكتور محمد حامد فهمي تعليقا على الحكم المتقدم « ان الدفع بعدم قبول الدعوى وبخاصة الدفع بعدم قبولها لانعدام صفة المدعى في رفعها هو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى نفسها ، ويترتب على الحكم بقبوله أن يخسر المدعى دعواه بحيث لا يستطيع العودة اليها . واذا فان المحكمة وهي تقضى بقبوله تفصل في موضوع الدعوى . ولا يغير وجه المسألة أن المحكمة وقد قبلت الدفع وقضت برفض الدعوى

(١) نقض (دائرة العرائض) ٢٦ يونيه ١٨٦٠ (سريه ٦٠-١-٧١)
ونقض ٨ نوفمبر ١٨٨٧ (دالوز ٨٨-١-٤٧٩) ونقض (دائرة العرائض)
٢٥ أكتوبر ١٩٠٥ (سريه ١٩٠٦-١-٤٦) (موريل رقم ٥٢ ص ٥٦ .
واستئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩٣٠ والتعليق عليه (مجلة القانون
والاقتصاد السنة الاولى ص ٨٧١)

واستئناف مختلط ٢٦ مايو ١٩٢٦ (مجلة التشريع والقضاء ٣ ص ٣٩٤)
٢٥ يونيه ١٩٢٩ (مجلة التشريع والقضاء ٤١ ص ٤٦٦) .

(٢) par le simple effet devolutif de l'appel

(٣) حكم ٢١ فبراير ١٩٣٠ المتقدمة الاشارة اليه .

أو بعدم قبولها لم تتعرض للنظر في سائر ما اثير أمامها من الدفوع الموضوعية لاستثنائها عن البحث فيها ، وكذلك لا يغير وجه المسألة أن يحصر المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى في الدفع بعدم قبولها مكتفيا به عن ابداء غيره من الدفوع ، ففي جميع هذه الصور تستنفد محكمة أول درجة بالحكم كل سلطتها في نظر الدعوى وتخرج القضية برمتها من ولايتها فتدخل بالاستئناف في ولاية محكمة الدرجة الثانية ، حتى اذا رأت هذه المحكمة الحكم برفض الدفع الذي قبلته المحكمة الابتدائية تعين عليها أن تدرج الى النظر في كل ما تعلق بموضوع الدعوى لتفصل في طلبات المدعى «١» . ونحن لا نؤيد الاتجاه الذي نحت اليه محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها ، فالدفع بعدم قبول الدعوى لاتفاء الصفة هو دفع لا يتصل بأصل الحق ، وأحيانا تحكم فيه المحكمة قبل فحص الموضوع . وعلى ذلك فالحكم بعدم قبول الدعوى لاتفاء الصفة هو حكم في مسألة أولية واستئنافه لا يطرح على محكمة الدرجة الثانية موضوع الدعوى الاصلية لان هذا الموضوع لم تفصل فيه محكمة الدرجة الاولى فلا يتصور بالتالي أن يشمل الطعن بالاستئناف . هذا ويلاحظ أن الاتجاه المتقدم لا يتغير ولو اتضح أن محكمة الدرجة الاولى قد سمحت للخصوم أن يتعرضوا لأصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهي بسبيل اصدار حكمها في الدفع تعرضت لفحصه ذلك لأن العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لا يتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ما قضى به الحكم المطعون فيه .

ولقد تعرضت محكمة الدرجة الثانية للموضوع في القضية المتقدمة بدعوى أن الاستئناف ينقل النزاع برمته الى محكمة الدرجة الثانية ، وفاتها أن النزاع الذي يطرح على محكمة الدرجة الثانية هو النزاع الذي طرح بالفعل على محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، كما أن محكمة الدرجة الثانية لا تنتظر الا فيما طعن به على الحكم المستأنف ،

والمحكمة الابتدائية في القضية المتقدمة لم تفصل في موضوع الدعوى وحكمها لم يصدر الا في شأن الدفع بانتفاء الصفة ، فتكون محكمة الدرجة الثانية قد فوتت على الخصوم درجة من درجات التقاضي .

١٩ - وقضت محكمة النقض بأن الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها هو دفع الدعوى برمتها في ذات موضوعها ومتى قبلته المحكمة وقضت بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها فقد انحصت الخصومة في هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير المحكمة قانونا الرجوع اليها فيه . فلو كان هذا الحكم صادرا من محكمة أول درجة واستأنفه الخصم طالبا الغاء والقضاء له في موضوع الدعوى فان محكمة ثانية درجة (اذا الفت هذا الحكم) يكون لها بما للاستئناف في الموضوع من أثر نقل النزاع برمته اليها أن تنظر موضوع هذا النزاع وتفصل فيه في حدود طلبات المستأنف وذلك حتى لو اقتصر المستأنف عليه على التكلم في موضوع الدفع وعلى طلب تأييد الحكم المستأنف «١» .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن الدفع بعدم قبول الدعوى هو دفع موضوعي والحكم فيه قضاء في أصل الدعوى تستوفي به محكمة الدرجة الاولى كل ولايتها . فاذا استؤف هذا الحكم ورأت محكمة الاستئناف الغاءه كان عليها الفصل في الموضوع دون اعادة القضية لمحكمة الدرجة الاولى ولا تكون في ذلك متصدية للموضوع عملا بنص المادة ٣٧٠ من قانون المرافعات (القديم) وما بعدها «٢» .

٢٠ - وفي فرنسا بعد صدور مرسوم سنة ١٩٣٥ - الذي يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق في الادلاء بها - أصبح المنطق يقتضي عند استئناف الحكم الصادر في الدفع أن تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثانية على الفصل فيه دون التعرض للموضوع ، بمعنى أنها اذا الفت الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى

(١) نقض ٧ يونيو ١٩٣٤ (مجموعة القواعد القانونية ١ رقم ١٩٢) .

(٢) استئناف مصر ٨ فبراير ١٩٤٨ المحللة ٢١ ص ١٣٦٢ .

فلا يجوز لها أن تفصل في الموضوع لأن هذا الاستئناف لا ينقل الى محكمة الدرجة الثانية الا ما فصلت فيه فقط محكمة الدرجة الاولى وهو النزاع في الدفع . انما يجوز لها أن تتصدى لموضوع الدعوى اذا توافرت شروط التصدى المنصوص عليها في المادة ٧٣٣ من قانون المرافعات الفرنسي «١» . ومع ذلك يتجه الرأى الى وضع ذات التقسيم الذى تقدمت الاشارة اليه ، الذى يقسم الدفوع بعدم القبول الى قسمين : دفوع تتصل بالموضوع كالدفوع باتقاء المصلحة ودفوع أخرى معناها السقوط لانتفاء الميعاد ، والحق النوع الاول بالدفوع الموضوعية بحيث يكون من أثر استئناف الحكم الصادر فيها طرح النزاع برمته أمام محكمة الدرجة الثانية، وذلك لأن هذه الدفوع بدواتها يجوز ابدائها في أية حالة تكون عليها الدعوى (كما قررت أخيرا محكمة النقض الفرنسية) ولأن محكمة الدرجة الاولى وهى تقضى بقبول هذه الدفوع انما تفصل في موضوع الدعوى .

٢١ - اتجاه القانون الجديد :

لم ير قانون المرافعات الجديد - كما رأينا - الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداءه في أية حالة تكون عليها ، وترك غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع ، فهل يؤخذ باتجاه رأى محكمة النقض المصرية ومحكمة استئناف مصر فيلحق الدفع بعدم القبول ، في هذا الصدد ، بالدفوع الموضوعية على اعتبار أن المحكمة متى قبلت الدفع وقضت بعدم جواز الدعوى فقد انحصرت الخصومة في هذا الموضوع أمامها وأصبح من غير الممكن الرجوع اليها فيه ؟

نحن لانرى هذا الاتجاه ، فقد سلمنا ، كما قدمنا ، بأن الدفع بعدم القبول ينحصر في الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته في استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لرفعها دون الاحوال التى ينكر فيها

الخصم سلطة خصمه لاتقاء المصلحة ، فالدفع بعدم القبول يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا *exception purement préjudicielle* والحكم الصادر فيه لا يمس موضوع الدعوى لا عن قرب ولا عن بعد .

وعلى ذلك لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تنظر في غير الدفع الذي استؤنف الحكم فيه اليها ذلك لان الاستئناف لا ينقل الى محكمة الدرجة الثانية غير النزاع الذي طرح أمام محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، واذا انحصر النزاع في الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ما كان مطروحا للنظر على محكمة الدرجة الاولى . ومن ناحية أخرى فان محكمة الدرجة الثانية لاتنظر الا فيما طعن به على الحكم المستأنف ، والحكم لم يصدر الا في شأن الدفع ولا يتصور أن يشمل الطعن فيه بالاستئناف غير ماقضى به . لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر في الموضوع برمته من قبيل ابداء طلبات جديدة في الاستئناف في غير ماسمح به القانون استثناء عملا بنص المادة ٤١١ ، ومن قبيل عرض النزاع لأول مرة على المحكمة الاستئنافية ، وفي هذا تعويت لدرجة من درجات التقاضى .

هذا ويلاحظ أن الاتجاه المتقدم لا يتغير ولو اتضح أن محكمة الدرجة الاولى قد سمحت للخصوم بأن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها في الدفع تعرضت لفحصه ذلك لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لا يتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ماقضى به الحكم المطعون فيه .

لكل ما تقدم نرى أن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لا يمس الموضوع ويتعين على محكمة الدرجة الثانية ان هى الفته أن تميد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل في موضوعها . وهذا رأى يتفق الى حد كبير مع ماوصل اليه الفقه والقضاء في فرنسا .

الحكم الصادر في الدفع

٢٢ - رأينا أن القانون يجيز ابداء الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى . وهذا الدفع كغيره من الدفع يجوز ابداءه شفاهة سواء في حضور الخصم الآخر أو في غيبته ، ويجوز أن يبدى كتابة .

ويجوز أن يبدى قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال أو تأمر بضمه الى الموضوع . وكان المشروع المقدم من الحكومة الى البرلمان يضيف العبارة الآتية الى نص المادة ١٤٢ « واذا أبدى هذا الدفع قبل مواجهة الموضوع فتحكم المحكمة فيه على استقلال ما لم تأمر بضمه الى الموضوع » . وقد رأى البرلمان أن اعمال القواعد العامة يغنى عن هذه العبارة فحذفت من المادة .

والمحكمة - في العادة - لا تأمر بضم الدفع الى الموضوع الا اذا كان الحكم في الدفع يستوجب البحث في الموضوع .

ويراعى أن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض للدفع يعد من جانب المحكمة قضاء ضمياً برفض الدفع بعدم القبول . وهذا بعكس ما هو عليه الحال بالنسبة لمسائل الاختصاص فعلى الرغم من أن الحكم في موضوع الدعوى دون التعرض لمسألة الاختصاص يعد من جانب المحكمة قضاء ضمياً برفض الدفع بعدم الاختصاص فان المشرع استلزم رعاية لمسائل الاختصاص أن تصدر المحكمة فيها قضاء صريحاً فالمادة ١٣٢ تلزم المحكمة بأن تبين ما قضت به في مسألة الاختصاص وفي موضوع الدعوى كلاً على حدة . وقد راعى المشرع في ذلك جواز الطعن بالاستئناف في الحكم الصادر في الدفع بعدم الاختصاص ، ولو كان موضوع الدعوى مما يدخل في النصاب الاتهامي لمحكمة الدرجة الاولى (م ٤٠١ / ٢) .

والحكم الصادر بقبول الدفع أو عدم قبوله هو من الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع - أى الفرعية (أ) - وهو يخضع للقواعد العامة من حيث تقدير نصاب استئنافه ، والقاعدة أن جميع الاحكام الصادرة قبل الفصل في موضوع الدعوى يراعى في تقدير نصاب استئنافها قيمة الدعوى (م ١/٤٠١)

والحكم بقبول الدعوى أو قبول الطلب العارض أو قبول التدخل أو قبول الاستئناف لا يقبل الطعن فيه فور صدوره لانه لا تنتهى به الخصومة كلها أو بعضها .

أما الحكم بعدم قبول الدعوى فهو يقبل الطعن فوراً ، كذلك الحال بالنسبة الى الحكم بعدم قبول الطلب العارض أو عدم قبول التدخل .

وإذا قضت المحكمة بعدم قبول بعض الطلبات وقبول الطلبات الاخرى، فالشق الاول من الحكم يقبل الطعن المباشر دون الشق الآخر .

ويلاحظ أن الحكم بقبول الدعوى أو بقبول بعض الطلبات ينفذ فوراً دون أن تستوفى بصده الشروط اللازمة لجواز تنفيذ الاحكام باعتبار المرافعة في الموضوع تنفيذا للحكم برفض الدفع .

ولا يعتبر التعرض للموضوع ، من جانب الخصم الذى دفع بعدم القبول رضاء ضمناً *acquiescement* عن الحكم الصادر برفض الدفع فيجوز له بعد صدور الحكم في الموضوع أن يطعن في الحكم الاول .

وتنص المادة ٤٠٤ على أن استئناف الحكم الصادر في موضوع الدعوى يستتبع حتماً استئناف جميع الاحكام التى سبق صدورها في القضية ما لم تكن قبلت صراحة . فعلى ذلك اذا صدر حكم برفض الدفع

(١) اتجه الى هذا الراى المرحوم الاستاذ ابو هيف اذ اعتبر الحكم بعدم جواز سماع الدعوى لقوات الميعاد أو لضى المدة من الاحكام القطعية الفرعية التى تفصل في نقطة معينة قبل الفصل في موضوع الدعوى (ابو هيف ٢ رقم ١٠٧١ ص ٧٧) .

بعدم القبول ثم صدر الحكم في الموضوع فإن استئناف هذا الحكم الأخير يطرح استئناف الحكم الاول بشرط ألا يكون المستأنف قد قبل الحكم الاول صراحة .

انما اذا صدر الحكم برفض الدفع ثم صدر الحكم في الموضوع لمصلحة من صدر عليه الحكم الاول فهل استئناف الحكم في الموضوع يطرح الخصومة في الدفع ؟ . الاصل أنه لا يصح أن تعد مستأنفة الا الاحكام الصادرة ضد المستأنف ، اذ لا يجوز أن يفيد من الاجراء الا من باشره ، ولكن المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات تقول « ان استئناف الحكم في موضوع الدعوى يترتب عليه طرح النزاع في كل ما قضت فيه الاحكام القطعية والاحكام المتعلقة باجراءات الاثبات ونحوها مما سبق صدوره في القضية ولو كانت هذه الاحكام قد صدرت لمصلحة المستأنف بحيث يجوز للمستأنف عليه أن يثير كل ما كان قد أبداه من دفع ووجوه دفاع أمام محكمة الدرجة الاولى بدون حاجة الى استئناف الاحكام الصادرة برفضها قبل الفصل في الموضوع » .

والمرشح بهذه القاعدة قد راعى أمثال الحالة التي نحن بصدددها ، وهي حالة صدور الحكم في الموضوع لمصلحة أحد الخصوم ، دون أن يكون الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع في صالحه ، ويستأنف خصمه الحكم في الموضوع ، فلا يجوز للاول أن يستأنف الحكم الفرعي اذ أنه لا يملك استئناف الحكم في الموضوع لانه قد صدر وفق طلباته « ١ » (بفرض أن يكون الحكم الفرعي مما لا يقبل الطعن المباشر) .

(١) ولا يجوز ان يقال بجواز استئناف الحكم برفض الدفع على استقلال وبعد صدور الحكم في الموضوع اذ المصلحة في الطعن تنتفي في هذا الصدد لان المصلحة في الطعن في الحكم الفرعي على استقلال لاتتوافر الا اذا كان الحكم في الموضوع قد صدر هو الآخر ضد مستأنف الحكم الفرعي ، فيكون الفرض من استئناف الحكم الفرعي الغاءه ، ويستتبع هذا الغاء الحكم في الموضوع . اما الفرض المتقدم فمقتضاه ان الحكم في الموضوع قد صدر لمصلحة المحكوم عليه بالحكم الفرعي . فالمصلحة في الطعن في الحكم الفرعي لاتتوافر لان الغاءه يستتبع الغاء الحكم في الموضوع ، وهذا الحكم قد صدر لمصلحة الطاعن .

الخاتمة

أدركنا ما تقدم أنه ان سلمنا بأن الدعوى هي ذات الحق متحركا الى القضاء كان الدفع الموجه اليها موجه اليه في واقع الامر ، ومن ثم يكون الدفع بعدم القبول هو في الحقيقة دفع موضوعي يسرى عليه مايسرى على الدفع الموضوعي من قواعد .

وخلصنا الى أن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به وليست مستقلة عنه بحيث توجد بغيره أو يوجد بغيرها ، انما هي جزء لا يتجزأ من الحق . فالحق لا يكتمل وجوده الا اذا كان لصاحبه سلطة الالتجاء الى المحاكم للدود عنه ، لان امكان الافادة من المنفعة التي يخولها القانون لصاحب الحق لا يتحقق الا اذا كان في مكتته الالتجاء الى المحاكم للاعتراف له به أو لحمايته ولاكراه مدينه على التسليم له به . ويتفرع عن هذا أنه لايتصور وجود دعوى دون أن تستند الى حق ، ولا يوجد حق دون أن تحميه دعوى ، وأن لكل حق دعوى واحدة تحميه فان تعددت الدعاوى بصد واقعة قانونية معينة فذلك لان هذه الواقعة تنشئ من الدعاوى بقدر الحقوق المتعلقة بها . ومن ناحية أخرى تتميز الدعوى عن الحق من حيث سبب كل منهما ، كما أنها تضيف اليه عنصرا أو مزايا لم يكن يتضمنها من قبل .

وعلى ذلك اذا سلمنا بأن الدعوى ليست بذات الحق المدعى به لا يكون الدفع الموجه اليها دفعا موضوعيا انما هو دفع من نوع خاص يوجه الى الوسيلة التي قررها القانون لحماية الحق .

وخلصنا من كل ما أسلفناه على وجه التفصيل الى أن الدفع بعدم القبول ينحصر في الاحوال التي ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر وجود دعوى لديه لسبق الفصل في موضوعها أو لسبق الصلح فيها أو

لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك .

ورأيانا أن الدفع باتقاء المصلحة لا يعد دفعا بعدم القبول انما هو دفع موضوعي لان وجود الحق في رفع الدعوى هو المصلحة القانونية ، وكون الحق مستحقا الاداء هو المصلحة القائمة الحالة .

ورأيانا أن قانون المرافعات المصري ينص على جواز ابداء الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو في الاستئناف ، وذلك حتى لا يحرم الخصم - وهو غالبا المدعى عليه - من دفاع يمس غالبا موضوع الدعوى عن قرب .

أما القانون الفرنسي فهو يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق في الادلاء به . وأدركنا أن هذه القاعدة ظاهرة السداد حتى لا يتأخر الفصل في الدعوى لانه ان سلمنا بأن الدفع بعدم القبول ينحصر فقط في الاحوال المتقدمة يكون بعيدا عن أن يمس موضوع الدعوى .

وفي فرنسا بعد صدور مرسوم سنة ١٩٣٥ - الذي يوجب ابداء الدفع بعدم القبول قبل التكلم في الموضوع والا سقط الحق في الادلاء بها - أصبح المنطق يقتضي عند استئناف الحكم الصادر في الدفع أن تقتصر ولاية محكمة الدرجة الثانية على الفصل فيه دون التعرض للموضوع بمعنى أنها اذا الفت الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى فلا يجوز لها أن تفصل في الموضوع لان هذا الاستئناف لا ينقل الى محكمة الدرجة الثانية الا ما فصلت فيه فقط محكمة الدرجة الاولى وهو النزاع في الدفع . انما يجوز لها أن تتصدى لموضوع الدعوى اذا توافرت شروط التصدى المنصوص عليها في المادة ٤٧٣ من قانون المرافعات الفرنسي . ومع ذلك يتجه الرأي الراجح الى تقسيم الدفع بعدم القبول الى قسمين : دفع متصل بالموضوع كالدفع باتقاء المصلحة ودفع أخرى مبناها السقوط لاقتضاء الميعاد ، والحق النوع الاول بالدفع الموضوعية بحيث يكون من أثر استئناف الحكم الصادر فيها طرح النزاع برمته أمام محكمة

الدرجة الثانية ، وذلك لان هذه الدفع بنواتها يجوز ابداءها في أية حالة تكون عليها الدعوى (في نظر محكمة النقض الفرنسية) ، ولان محكمة الدرجة الاولى وهى تقضى بقبول هذه الدفع انما تفصل في موضوع الدعوى .

ولم ير قانون المرافعات الجديد - كما رأينا - الا أن ينص على أن الدفع بعدم قبول الدعوى يجوز ابداءه في أية حالة تكون عليها ، وترك غير ذلك من المسائل التى يدور البحث فيها عن طبيعة هذا الدفع . ونحن ، وقد سلمنا بأن الدفع بعدم القبول ينحصر في الاحوال التى ينكر فيها الخصم صفة خصمه أو ينكر سلطته في استعمال الدعوى لسبق الفصل فيها أو لسبق الصلح فيها أو لرفعها في غير المناسبة أو الميعاد المحدد لذلك، نرى أن هذا الدفع يعد دفعا أوليا أو ابتدائيا ، والحكم الصادر فيه لا يمس موضوع الدعوى لاعتقنا قرب ولا عن بعد ، وعلى ذلك لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تنظر في غير الدفع الذى استؤنف الحكم فيه اليها ذلك لان الاستئناف لا ينقل الى محكمة الدرجة الثانية غير النزاع الذى طرح أمام محكمة الدرجة الاولى ونظرت فيه حقيقة أو حكما ، واذا انحصر النزاع في الدفع فلا تنظر محكمة الدرجة الثانية غير ما كان مطروحا للنظر على محكمة الدرجة الاولى . ومن ناحية أخرى فان محكمة الدرجة الثانية لا تنظر الا فيما طعن به على الحكم المستأنف ، والحكم لم يصدر الا في شأن الدفع ولا يتصور أن يشمل الطعن فيه بالاستئناف غير ما قضى به . لذلك تكون مطالبة محكمة الدرجة الثانية بالنظر في الموضوع برمته من قبيل ابداء طلبات جديدة في الاستئناف في غير ماسمح به القانون استثناء عملا بنص المادة ٤١١ ، ومن قبيل عرض النزاع لأول مرة على المحكمة الاستئنافية ، وفي هذا تقويت لدرجة من درجات التقاضى .

ويلاحظ أن الاتجاه المتقدم لا يتغير ولو اتضح أن محكمة الدرجة الاولى قد سمحت للخصوم بأن يتعرضوا لاصل الموضوع أو اتضح أن المحكمة نفسها وهى بسبيل اصدار حكمها في الدفع تعرضت لفحصه ذلك

لان العبرة بما فصلت فيه المحكمة حقيقة أو حكما اذ لا يتصور أن يشمل الطعن بالاستئناف غير ما قضى به الحكم المطعون فيه .

ورأينا أنه — لكل ما تقدم — يتعين على محكمة الدرجة الثانية ان هي التت الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى أن تعيد القضية الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل في موضوعها . وهذا الرأي يتفق الى حد كبير مع ما وصل اليه الفقه والقضاء في فرنسا .

وبعد ، فليس من العسير أن ندرك أن الاضطراب الذي يشوب دراسة هذا الدفع وتفكك الرأي بشأنه يرجع الى أن الفقه لم يسلك الطريق القويم في معالجته ، فمن الواجب أولا تحديد طبيعته وحصر حالاته ومن ثم يسهل تحديد الاتجاه الذي يتعين على المشرع أن يسلكه عند معالجة أحكامه .

وأخيرا ، لعل عبارة « الدفع بانتفاء الدعوى » أو « الدفع بعدم وجود دعوى » تكون أكثر ضبطا وتوفيقا من عبارة « الدفع بعدم قبول الدعوى » لان التعبير الاخير يوحي بان للخصم دعوى ولكنها غير مقبولة لعدم توافر شرط من شروط قبولها ، والحقيقة أن الدعوى لا توجد لديه ، فالاصدق في التعبير أن يقال « الدفع بانتفاء الدعوى » .

رد اعتبار المحكوم عليه مع ايقاف تنفيذ العقوبة

الدكتور محمود محمود مصطفى

١ - الاحكام الصادرة على طالب رد الاعتبار : تنطوى صحفة سوابقه على الاحكام الآتية :

- ١ - حكم بغرامة ثلاثة جنيهاات عن واقعة ضرب ، صدر فى ٢٠/١/١٩٤٨ .
- ٢ - حكم بغرامة ١٥٠ قرشا فى احراز سنج غير مضبوطة و٥٠ قرشا فى احراز سنج غير مدموغة ، صدر فى سنة ١٩٤٨ .
- ٣ - حكم بغرامة ٢٠ جنيها وجس ستة أشهر مع ايقاف تنفيذ عقوبة الحبس ، لاحراز مسدس وذخيرة بدون ترخيص ، صدر من محكمة عسكرية فى ٢٧/٣/١٩٤٩ .

٢ - عريضة الطالب الى النيابة العامة : فى يونيه سنة ١٩٥٢ خلت وظيففة الممودية فى قرية الطالب ورغب فى الترشيح لها ، ولكن حال دون ادراج اسمه فى كشف المرشحين ماتقضى به المادة الثالثة (٥) من القانون رقم ١٤١ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالعمد والمشايع من أنه يجب فىين يعين عمدة أو شيخا « ألا يكون قد صدر عليه حكم قضائى أو تأديبى ماس بالنزاهة والشرف » . وهذا الوصف يصدق على حكم واحد من بين الاحكام الثلاثة الصادرة على الطالب ، وهو الحكم الثانى . ولو كانت صحفة الطالب قد اتهمت عند هذا الحكم لجاز رد اعتباره بالطريق القضائى بلا شبهة . ولكن صدر عليه حكم ثالث ، وان كان غير ماس بالنزاهة والشرف الا أنه يحول دون رد الاعتبار حتى تتحقق الشروط المنصوص عليها فى القانون بالنسبة اليه

أيضا ، عملا بالمادة ٥٤١ من قانون الاجراءات الجنائية •

هذا الحكم الاخير يتضمن عقوبتين : غرامة قدرها عشرون جنيها ، وحبس ستة شهور مع ايقاف التنفيذ • ولو اقتصر الحكم على عقوبة الغرامة لجاز للطالب استعادة اعتباره قضائيا • ولكن الشبهة فيما اذا كانت عقوبة الحبس ستة شهور مع ايقاف التنفيذ تحول دون استعادة الاعتبار بعد ثلاث سنوات بالطريق القضائي •

٣ - رأى النيابة : جاء في مذكرة النيابة مايلي :

« حيث أنه لاحتساب المدة اللازمة لرد الاعتبار يتعين معرفة سبب رد الاعتبار ، هل هو رد اعتبار قضائي أم بحكم القانون • وحيث أن الحكم الصادر بعقوبة مع وقف التنفيذ انما هو حالة خاصة من رد الاعتبار القانوني ، وان كانت لم ترد ضمن نص المادة ٥٥٠ اجراءات • وحيث أنه لايجوز رد الاعتبار عن حكم صادر مع ايقاف التنفيذ قبل انتهاء مدة الايقاف • وحيث أنه لم يعض على صدور هذا الحكم سوى ثلاث سنوات • ومن ثم تكون المدة اللازمة لرد اعتبار الطالب اليه لم تمض بعد » •

أخذت النيابة برأى دون أن تعرض لحقيقة المسألة فجاءت أسانيدھا مضطربة غير منتجة لما استخلصته •

٤ - استعادة الاعتبار يكون باحد طريقين مستقلين : رد الاعتبار من الانظمة التي رؤى العمل بها لاصلاح من انزلق في طريق الاجرام ، بتمكينه من الاندماج ثانية في الهيئة الاجتماعية ومن أن يتبوأ في هذه الهيئة المكان اللائق بكل وطني صالح ، متى بذل مجهودا جديا ليهتدي وأقام الدليل على هذا بحسن سيرته مدة ما • وفي أغلب الشرائع يستعاد الاعتبار اما بحكم القانون واما بحكم القضاء • فالاول يكتسب حتما بدون وساطة القضاء بمجرد مرور زمن معين من تاريخ انقضاء العقوبة اذا لم يصدر أثناء المدة المذكورة حكم بعقاب جديد ، أما الثاني فيكتسب بحكم من القضاء بعد فحص حالة الطالب • ولكل من الطريقين شروطه ، ويتعين ابتداء التنبيه

الى عدم الخطئ بينهما ، فللمحكوم عليه أن يستعيد اعتباره عن أى الطريقين ، فقد يلجأ الى الطريق القضائى فيجاء الى طلبه ، وقد يخفق لعدم تحقق القضاء من حسن سيره ، فيرد اليه اعتباره بحكم القانون متى مضت المدة المقررة ، وكذلك الشأن اذا لم يلجأ الى الطريق القضائى أصلا .

٥ - افضلية الطريق القضائى : لا نزاع فى أن الطريق القضائى أدنى الى تحقيق الغرض المقصود من الاخذ بنظام رد الاعتبار ، فرد الاعتبار بطريقه يبنى على حسن السيرة ، ولكن هذا يفترض افتراضا لا يقبل اثبات عكسه فى صورة رد الاعتبار بحكم القانون ، بيد أنه فى حالة رد الاعتبار القضائى لابد من أن تقتنع المحكمة باستقامة الطالب والا رفضت الطلب . ومن ثم فانه اذا كان الطريق القضائى لا يلقى اعتراضا من أحد فان الطريق الآخر محل اعتراض الكثيرين ، اذ أنه يسمح لشخص حياته غير شريفة وسلوكه شائن باستعادة اعتباره مادام لم يرتكب جريمة معينة أو استطاع اخفاء ما يرتكبه من الجرائم فأفلت من العقاب . وهذا ما دعا الشارع المصرى أولا الى سلوك الطريق القضائى دون القانونى فى المرسوم بقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٣١ بشأن إعادة الاعتبار ، وهو ما دعا الشارع الايطالى سنة ١٩٣٠ الى المدول عن نظام رد الاعتبار بحكم القانون بعد أن أخذ به سنة ١٩٠٦ عن القانون الفرنسى « ١ » ، وهو ما دعا المؤتمر الدولى الثانى عشر للمعقوبات الذى انعقد فى لاهائى فى أغسطس سنة ١٩٥٠ الى اصدار قرار جاء فيه ما يلى : « لكى يتحقق الغرض من نظام رد الاعتبار يجب أن يكون أساسه فحص حالة الطالب ، فلا يستعاد الاعتبار بناء على قواعد مجردة » « ٢ » . فمن الطبيعى اذن أن يجىء شرط المدة لرد الاعتبار بحكم القانون أقصى وأشد ، فالمدة لا تقل عن الضعف وتصل الى أضعاف فى بعض الجرائم (تقارن المادة ٥٣٧ بالمادة ٥٥٠ من

(١) يراجع دوندييه دفاير - القانون الجنائى والعلوم الجنائية - الطبعة الثالثة فقرة ١٠١٤ .
(٢) يراجع محاضر جلسات المؤتمر ج ١ ص ٦٣٤ ، ومناقشة الموضوع فى القسم المحال اليه ص ٣٢٤ وما بعدها .

من قانون الاجراءات الجنائية) •

٦ - رد الاعتبار ووقف التنفيذ : يصدر الامر بايقاف تنفيذ العقوبة لمدة خمس سنين تبدىء من اليوم الذى يصبح فيه الحكم نهائيا (مادة ٥٦ / ١ عقوبات) ، واذا انقضت مدة الايقاف ولم يكن صدر فى خلالها حكم بالفائه فلا يمكن تنفيذ العقوبة المحكوم بها ويعتبر الحكم بها كأن لم يكن (مادة ٥٩ عقوبات) • فيقتضى هذا تأمر المحكمة باغفاء المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة ، فاذا انقضت السنوات الخمس دون أن يلغى الايقاف بحكم أمحى الحكم القاضى بالادانة بالنسبة للمستقبل وزال كل ما قد يترتب عليه من انعدام الاهلية والحرمان من الحقوق وسائر الآثار الجنائية • ولما كانت هذه الآثار هى بعينها الآثار التى تترتب على رد الاعتبار ، ولما كان ترتيبها يحصل بغير تدخل القضاء أى بمجرد انقضاء مدة الايقاف ، فان الشراح يدخلون هذه الحالة فى عداد حالات رد الاعتبار القانونى «١» •

وينتج عن تطبيق الاصول السابقة ان كون المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ يسترد اعتباره بحكم القانون باقضاء خمس سنوات لا يحرمه من الطريق الآخر الا بنص صريح ، بل ان فى اطالة المدة الى خمس سنوات بدلا من ثلاث لدليلا على التزام الشارع خطته فى التفرقة بين الطريقين من حيث المدة ، وكل ما يتميز به المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ هو أنه يسترد اعتباره باقضاء خمس سنوات بدلا من ست ، فى الصورة محل البحث • ولهذه الميزة مايررها فى الاعتبار التى دعت الى اغفاء المحكوم عليه من التنفيذ •

(١) جارو - مطول العقوبات - الطبعة الثالثة ج ٢ فقرة ٧٨١ ومابدها، دونديه دفاير - فقرة ٩٩٦ ، فيدال ومانويل الطبعة التاسعة ج ١ فقرة ٩٠٢ مكرر ، زكى العرابى - المبادئ الاساسية للاجراءات الجنائية - ج ٢ فقرة ١٠٤٠ •

فلا نزاع اذن في أن القانون لا يحرم المحكوم عليه من الالتجاء الى القضاء لاستعادة اعتباره ، فالبحث يجب أن يكون منحصرًا في استيفاء الشروط التي يستلزمها القانون لاجابته الى طلبه .

٧ - مناقشة الموضوع في فرنسا : قبل تنفيذ قانون الاجراءات الجنائية في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥١ «^١» لم يكن هناك مجال لاثارة هذا البحث ، فمما كان يجوز رد الاعتبار قبل اقفاء ثمانى سنوات طبقا للمادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٤١ لسنة ١٩٣١ . ولما خفضت هذه المدة الى ثلاث بمقتضى القانون المذكور أصبح الوضع في التشريع المصرى مشابها من بعض وجوهه للوضع في فرنسا منذ ادخال نظام ايقاف التنفيذ بقانون ٢٦ مارس سنة ١٨٩١ . فبمقتضى هذا القانون مدة الايقاف خمس سنوات ، بينما يجوز رد الاعتبار عن طريق القضاء بعد ثلاث سنوات من تنفيذ عقوبة الجنبه طبقا للمادة ٦٢٢ من قانون التحقيق الجنائى الفرنسى «^٢» . فكان من الطبيعى أن يثار البحث في فرنسا فيما اذا كان للمحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ أن يستعيد اعتباره عن طريق القضاء ، وله في هذا مصلحة ظاهرة . وقد أثير هذا الموضوع منذ عرض مشروع قانون سنة ١٨٩١ على مجلس الشيوخ ، ولازال الفقه هناك يتناوله بالبحث الى الآن مما يدل على أن الرأى لم يستقر بعد على وضع بعد أكثر من نصف قرن على اثاره المشكله . وفيما يلى بيان حجج القائلين بسد الطريق القضائى أمام المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ ، والرّد على هذه الحجج .

٨ - تميز المحكوم عليه بما يقابل هذا الحرمان : (١) قيل ان الشارع ميز المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ ، فأعفاه من التنفيذ ونص على رد اعتباره باقفاء فترة التجربة فأعفاه من اجراءات اعادة الاعتبار والتعرض لسلوكه بالبحث ، وفي هذا ما يكفى «^٢» .

(١) فيما هو اصلح من نصوصه .

(٢) تقابل المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية عندنا .

(٣) دوندييه دفاير - المرجع السابق - فقرة ٩٦٨ .

وقد سبق القول ان من حق كل محكوم عليه أن يستعيد اعتباره بأحد الطريقين ، فلا يحرم من أحدهما الا بنص صريح ، وهو ما لم يرد في هذا الصدد . ثم ان ما يتميز به من اغفاء أو تقصير مدة التجربة انما يرجع الى ما رأته المحكمة من أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة مما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفة القانون . فهذه الميزات نتيجة لحالة المحكوم عليه السابقة على الحكم ، بينما رد الاعتبار يكون مكافأة على سلوك المحكوم عليه بعد الحكم . فلامحل اذن للخلط بين الأمرين .

(ب) حجة مستخلصة من الاعمال التحضيرية للقانون الفرنسي : يطلق الفرنسيون على قانون سنة ١٨٩١ « قانون بيرانجيه » نسبة الى مقرر المشروع في مجلس الشيوخ ، وقد نجاء في تقريره الى هذا المجلس ما يلي : « لاشك أن المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ سيستفيد بميزات خاصة ، فلن يكون سلوكه محل بحث أو تحقيق أو تقدير من القضاء ، ومقابل هذا ستكون فترة التجربة خمس سنوات بدلا من ثلاث » « ١ » .

ان اعمال هذا القول معناه حرمان المحكوم عليه من حق كان مقررا له قبل قانون سنة ١٨٩١ ، وهو استعادة اعتباره بعد ثلاث سنوات ، وهذا الحرمان لا يتقرر بعبارة وردت في الاعمال التحضيرية للقانون . واذا صح تفسير قانون سنة ١٨٩١ على ضوء التقرير المشار اليه فان هذا التقرير عينه يجيز للمحكوم عليه أن يتنازل عن وقف التنفيذ فتتخذ العقوبة عليه ويستفيد بذلك من الطريق القضائي لاستعادة اعتباره . ومن المسلم لدى الشراح بلا استثناء ان هذا ليس الا تعميما عن رأى شخصي للمقرر ، فنظام ايقاف التنفيذ مقرر لمصلحة عامة أو اجتماعية - هي ابعاد المحكوم عليه الذي يرجى منه عن وسط السجون - وبالتالي لا يصح التنازل عنه . ثم ان الحكم متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه يجب تنفيذه كما صدر ولا دخل

(١) رافائيل روجيه في مقال له عن وقف التنفيذ ورد الاعتبار - مجلة علم الجنائي وقانون العقوبات سنة ١٩٠٦ ص ٥٢٨ - ٥٤٦

لإرادة المحكوم عليه في ذلك ، وسلطة التنفيذ لاجبته في محال الاعتقال إلا إذا كان الحكم مشمولاً بالنفاذ «١» .

فإذا كان الشراح يطرحون مجاء على لسان المقرر مما هو في صالح المحكوم عليه ، فلا يستأغ بعد ذلك الأخذ بما جاء بالتقرير مما هو في غير صالحه ، فما جاء في التقرير في الحالتين أن هو لا تعبير عن رأى شخصي للمقرر لا يعتمد به بأي حال ، متى جاء مخالفاً للأصول العامة في القانون .

(ج) حجة تتعلق ببدء احتساب المدة : تستند غالبية القائلين بسند الطريق القضائي على حجة يستخلصونها من صياغة المادة ٦٢٢ من قانون التحقيق الجنائي الفرنسي «٢» . فالمدة المشار إليها في النص الفرنسي تبدأ من تاريخ الافراج ، وفي النص المصري من تاريخ تنفيذ العقوبة أو صدور العفو منها . فما دامت العقوبة لم تنفذ فإن مدة السنوات الثلاث لا تبدأ ، فإذا انقضت خمس سنوات على الايقاف فلا تكون ثمة فائدة من الطلب اذ يستعيد المحكوم عليه اعتباره بحكم القانون «٣» .

أن النص على أن تكون العقوبة قد تمتزتت تنفيذاً كاملاً ليس هو القاعدة لبدء احتساب المدة . فالغالب أن يكون الامر كذلك ، ولكن العقوبة قد لا تنفذ أصلاً ومع ذلك يبدأ احتساب المدة ، كما هو الشأن في حالي العفو من العقوبة وسقوطها بمضى المدة . فالقاعدة هي أن بدء احتساب المدة هو الوقت الذي لا يمكن فيه تنفيذ العقوبة سواء بتنفيذها كاملة أو بالعفو عنها أو بسقوطها بمضى المدة أو بأي سبب آخر . وعند الحكم بالايقاف يكون تنفيذ العقوبة غير ممكن فمن هذا الحكم تبدأ مدة رد الاعتبار .

(١) جارو - المرجع السابق فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٦ ، دنديه دفاير فقرة ٩١٨ ، فيدال ومانيول فقرة ٥٩٩ (١) ، هامش (٢) .

(٢) وتقابل المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية عندنا .

(٣) جارو فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٦ ، فستان هيلي - الطبعة الرابعة ج ١ فقرة ١١٢٢ ص ٩٧٢ ، دنديه دفاير فقرة ٩١٨ ، فيدال ومانيول فقرة ٥٩٩ (١) ص ٨١٢ ، على زكي العرابي فقرة ١٠٢٨ ص ٤٧٩ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد - الاحكام العامة في قانون العقوبات ص ٧٤٨ .

وهناك وجه شبه من هذه الناحية بين إيقاف التنفيذ والعفو من العقوبة ،
اذ يتفقان في اقالة المحكوم عليه من العقوبة ، ولاشك أن المحكوم عليه مع
ايقاف التنفيذ أقل خطورة ممن حكم عليه وعفى من عقوبته ، فكيف
يستعيد الثاني اعتباره بعد ثلاث سنوات بينما يبقى الاول محروما من
حقوقه السياسية وغيرها خمس سنوات . واذا كنا نطالب باعطاء الايقاف
حكم العفو في هذا الصدد فان غيرنا - ممن يحرمون على المحكوم عليه مع
الايقاف الالتجاء الى الطريق القضائي لرد الاعتبار - قد اعتبر الحكم الصادر
بايقاف التنفيذ من قبيل رد الاعتبار قضائيا ينقلب الى رد اعتبار قانوني
بإقضاء مدة الايقاف (١) .

٩ - ايقاف التنفيذ والافراج تحت شرط : تنص المادة ٥٣٨/٢ من
قانون الاجراءات الجنائية على انه اذا كان قد أفرج عن المحكوم عليه تحت
شرط ، فلا تبدى المدة الا من التاريخ المقرر لاقتضاء العقوبة أو من
التاريخ الذى يصبح فيه الافراج تحت شرط نهائيا . ولقد كان لهذا النص
نظير في قانون رد الاعتبار الملغى (٢) ، مما يفيد أنه ليس لغوا أو من
تحصيل الحاصل ، اذ أن هناك اتجاها في الفقه لاحتساب مدة الافراج
تحت شرط ضمن المدة اللازمة لرد الاعتبار (٣) ، أما المشرع
المصرى فقد آثر أن يقتدى بالشارع الفرنسى فنص صراحة على عدم
احتساب مدة الافراج الشرطى ضمن مدة رد الاعتبار ، فلولا هذا النص
لبدا احتساب مدة رد الاعتبار من تاريخ الافراج الشرطى . فاذا كان من
المعلوم أن الافراج الشرطى ليس انهاء للعقوبة المحكوم بها ، اذ يعد المحكوم
عليه في مرحلة من مراحل هذه العقوبة ، فان معنى ذلك أنه ليس بشرط
دائما لبدء احتساب المدة أن تكون العقوبة قد هضت كاملة ، وانما القاعدة

(١) على زكى العرابى - المرجع السابق فقرة ١٠٤ .

(٢) المادة الثانية « ثانيا » .

(٣) يراجع جاردو المرجع السابق فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٥ هامش ١١ . وقد
أشار الى قرار في هذا المعنى للمؤتمر الدولي الذى انعقد في تولوز سنة ١٩٠٧

أن المدة تحتسب من تاريخ الافراج أو ما في حكمه أو من التاريخ الذي لا يمكن عنده تنفيذ العقوبة .

عنى القانون فنص صراحة على اخراج فترة الافراج الشرطى ، ولم يورد نصاً من هذا القبيل بالنسبة لفترة الايقاف ، فهذه الفترة تدخل حتماً في حساب المدة اللازمة لرد الاعتبار بالطريق القضائى . فكيف لا تحتسب هذه الفترة والايقاف صادر بحكم والفاؤه لا يتأتى الا بشروط قلما تتحقق ، اذ لا بد من صدور حكم بالادانة على قدر من الجسامة في واقعة أخرى ، وبناء عليه تطلب النيابة العامة الغاء الحكم الصادر بالايقاف ، والغاء هذا الحكم غير محتم على المحكمة بل هو جوازى لها . هذا مع أن الافراج تحت شرط والفاؤه يحصلان بقرار من الوزير المشرف على مصلحة السجون .

١٠ - استعالة الغاء الايقاف بعد رد الاعتبار : قد يفترض على رأينا بأنه قد يطرأ بعد الحكم برد الاعتبار ما يبرر الغاء الحكم الصادر بالايقاف والذي أمحى برد الاعتبار ، وبالتالي فإن اجازة رد الاعتبار بالطريق القضائى ستؤدى الى تقصير المدة المنصوص عليها في الفقرة الاولى من المادة ٥٦ من قانون العقوبات . وليس في هذا مخالفة للقانون ، فاذا وجد تعارض بين نصين فاعمال النص الاصلح واجب بلا نزاع ، فضلاً عن أن هذا النص هو الاحدث في التقنين ، وهو نص المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية (١) وعلى أية حال فهناك مقابل للفرق بين المدينين ، هو أن الطالب يتحمل اجراءات استعادة الاعتبار ويفحص سلوكه وهو ما لا يحصل اذا مضت مدة الايقاف كاملة .

١١ - رد الاعتبار والعود : وما تنبئ ملاحظته أن اعمال المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية سيؤدى في كثير من الاحوال الى تقصير مدة العود

(١) قانون اتجاه محكمة النقض فيما يتعلق بتطبيق المادة ١٧ من قانون الاجراءات الجنائية والخاصة بمدة التقادم : شرح قانون الاجراءات الجنائية - للمؤلف - الطبعة الثانية بند ٢٣

النصوص عليها في المادة ٤٩ «ثانياً» و «ثالثاً» من قانون العقوبات . فبمقتضى المادة ٥٣٧ يجوز رد الاعتبار بحكم اذا انقضت مدة الثلاث سنوات على تنفيذ عقوبة الجنحة أو صدور العفو منها ، فاذا حصل هذا فانه يتمتع بعده اعتبار من استرد اعتباره عائداً اذا ارتكب جنحة قبل مضي خمس سنين ، بل يتمتع بعد ذلك تطبيق المواد ٥١ وما بعدها ولو توافرت شروطها . ولم يقل أحد ان النصوص الخاصة بالعود تحول دون اعادة الاعتبار بمقتضى المادة ٥٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية . مع أن النتيجة المترتبة على تطبيقها هنا أخطر بكثير ، فاحتمال التنفيذ بالنسبة لمحكوم عليه ، رأى القضاء من ماضيه ما يقتضى معاملته معاملة خاصة ، أقل من احتمال العود الذي قد يؤدي الى تغيير نوع الجريمة من جنحة الى جناية .

١٢ - حكم المنطق ومقتضيات العدالة : ان حرمان المحكوم عليه مع إيقاف التنفيذ من الالتجاء الى الطريق القضائي لاستعادة اعتباره سيؤدي الى نتائج تنبئ عن المنطق وتجافي العدالة ، اذ يكون هذا الشخص في مركز أدنى ممن حكم عليه واستوفى عقوبته «١» .

وقد يحصل أن يقدم للمحاكمة شخصان عن جريمة واحدة ، فيرى القاضي من أخلاق أحدهما أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود الى مخالفة القانون فيحكم عليه بالحبس ستة شهور مع إيقاف التنفيذ ، بينما لا يرى ذلك بالنسبة الى زميله فيحكم عليه بنفس العقوبة ولكن بغير إيقاف ، فتكون النتيجة أن الثاني يستعيد اعتباره بعد ثلاث سنوات من تنفيذ العقوبة عليه ، بينما ينتظر الاول خمس سنوات وقد تكون له مصلحة جوهرية في استعادة اعتباره في خلال الفترة بين المدتين ، كما هو الشأن في المثال موضوع التعليق «٢» .

(١) جlarو فقرة ٧٨٢ ص ٦٧١

(٢) روم - جازيت المحاكم في ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٥ ملخص في مجلة علم الجنائي وقانون العقوبات سنة ١٩٠٦ ص ٥٢٨ وما بعدها .

١٣ - محاولات الفقهاء الفرنسيين لرفع الحرج : ان الاعتبارات السابقة قد أوقعت القائلين بالرأى العكسى فى حرج ، فحاول بعضهم الخروج منه بحل رفعا للظلم البين الذى يترتب على اعمال رأيهم . فقد رأينا أن مقرر مشروع سنة ١٨٩١ يزج فى تقريره أما مجلس الشيوخ أن من حق المحكوم عليه أن يتنازل عن الايقاف المقرر لمصلحته رعاية لمصلحة أهم ، وهى استعادة الاعتبار قبل انقضاء فترة الايقاف ، وقلنا ان هذا الرأى يتعارض مع أصول فى القانون تتعلق بالنظام العام . ويرى جازو أن رفع الحرج لايتأتى الا بفقو تصدره السلطة التنفيذية عن العقوبة «١» . ولكن غالبية الفقهاء لاترى ذلك ، اذ أن المفو عبارة عن اقالة المحكوم عليه من تنفيذ العقوبة ، فلا يصدر الا من عقوبة صالحة للتنفيذ . ومن الشراح من يرى أن مدة رد الاعتبار قصيرة ، لاتكفى للتيقن من أن المحكوم عليه قد انصلح حاله ، فيجب اطالته على الاقل الى الحد المنصوص عليه بالنسبة للايقاف «٢» . وهذا الرأى لايتشئ مع الاتجاه الجديد فى الفقه والمؤتمرات الدولية من وجوب العمل على تمكين المحكوم عليه فى أسرع وقت من الاندماج ثانية فى المجتمع . ومن الشراح من يرى تقصير مدة الايقاف الى ثلاث سنوات عملا على اتساق النصوص «٣» .

١٤ - خلاصة : مما ينبو عن المنطق ويجافى العدالة أن ينقلب ايقاف التنفيذ وبالا على المحكوم عليه ، فيعامل فيما يتعلق برد الاعتبار معاملة أدنى مما لو صدر الحكم بغير ايقاف أو معاملة أدنى من معاملة زميله الذى حرم من الايقاف . وليس فى القانون ما يمنع المحكوم عليه مع ايقاف التنفيذ من أن يستعيد اعتباره بالطريق القضائى قبل انقضاء فترة الايقاف . ومدة

(١) جازو فقرة ٧٧٦ ص ٦٥٦ .

(٢) رافائيل روجيه فى مقاله عن ايقاف التنفيذ ورد الاعتبار - مجلة علم الجنائى وقانون العقوبات سنة ١٩٠٦ ص ٥٤٤

(٣) انظر فى هذا المجلة المشار اليها سنة ١٩٠٦ ص ١٧٢

الايقاف هي فترة تجربة كافية لرد الاعتبار بحكم القانون ، فمن المعقول أن تكون ثلاث سنوات منها كافية لرد الاعتبار بحكم القضاء • أما احتساب المدة فانه يبدأ من الايقاف ، فهو بمثابة افراج أو عفو من العقوبة • ومتى كان الامر كذلك فلا تكون ثمة حاجة الى ابتداء حل لتفادي الحرج الذي يؤدي اليه الرأي العكسي •

سلطة تفتيش الاشخاص في الدائرة الجمركية للدكتور محمود محمود مصطفى

١ - وقائع الدعوى : أسند الى المتهم أنه أحرز مادة مخدرة في المنطقة الجمركية بالاسكندرية • وملخص وقائع الدعوى أن المتهم شوهد في يوم الحادث بمعرفة اثنين من عساكر حرس الجمارك على رصيف الميناء حيث كانت ترسو باخرة على وشك الرحيل ، يحاول اشعار صديق مسافر بأنه قدم لوداعه • وبهذا أجاب على تساءل أحد العساكر الذي سأل بعد ذلك المتهم عما اذا كان يحمل تقودا وطلب اليه أن يخرج حافظة تقوده فأذعن للامر • وبالبحث في الحافظة وجد بداخلها خمسة وثلاثين جنيها مصريا • وبعد هذا سئل المتهم من عسكري آخر هل يحمل ممنوعات فأجاب بالنفي ، فقال له العسكري « أنا رايح أفتشك » ، وفعلما قام بتفتيشه من الخارج ، وأثناء ذلك شعر باللمس أن جسما صلبا بداخل الجيب الامامي لبنطلون المتهم • ويقول العسكري أن المتهم ارتبك عندئذ فما كان من العسكري إلا أن فض هذا الشيء فتبين أنه عبارة عن ثلاث قطع من الحشيش كل منها • لف في ورقة ويزيد وزنها قليلا عن جرام • ويقول الشاهدان أن المتهم أقر عندئذ بواقعة الاحراز ، كما يشهد بذلك أحد ضباط البوليس غير من حرر المحضر اثر الحادث •

قدم المتهم للمحكمة التي أداته بواقعة الاحراز مستندة في ذلك الى أن قوانين الجمارك تخول رجال حرس الجمارك تفتيش من يشبه فيه ، فاذا أسفر التفتيش عن ضبط مخدر كان الضبط صحيحا • كما استندت الى أقوال شاهدي الضبط وقرار المتهم على نفسه بالجريمة •

٢ - تعليق : تستند المحكمة على دليل محسوس ، هو ضبط المتهم محرزا للمخدر بمعرفة أحد عساكر الحرس الجمركي • ويكاد البحث ينحصر

في هذا الدليل أى فيما اذا كانت قد توافرت فيه عناصر صحته التى يتطلبها القانون . فاذا ما عرف حكم القانون في هذا الدليل سهل الحكم على باقى الادلة المقدمة .

وليس من العسير الحكم على الدليل المذكور بالرجوع الى نصوص قانون الاجراءات الجنائية ، وهى وحدها واجبة التطبيق في هذه الدعوى . الا أنه يلزم قبل ذلك بيان ما تخوله القوانين الجبركية من اجراءات ولمن تخوله . فقد أوجدت هذه القوانين لدى البعض عقيدة مخالفة للحقيقة ، هى أنها تجيز من الاجراءات ما لا يخوله القانون العام للاجراءات الجنائية . وقد تأصلت هذه العقيدة نتيجة لما جرى عليه بعض رجال الجمارك من استباحة التفتيش بلا ضابط ، حتى أضحت المنطقة الجبركية من المناطق الرهية ، عندما يدخلها انسان يجرى من كل الضمانات المقررة للحرية الشخصية . وبديهي أن هذه الحال تؤدي الى ايجاد مرتع خصب لخربى الذمة ، وقد ساعد عليه ما هو مقرر من مكافآت للضابطين .

٢ - الجرائم الجبركية والجرائم الجنائية : الجرائم الجبركية هى حوادث الافلات بطرق غير مشروعة من دفع الرسوم الجبركية المستحقة على البضائع الواردة أو الصادرة ، وكذا حوادث مخالفة أحكام نصوص اللائحة الجبركية والقوانين المكملة المعمول بها في شأن الاصناف المنوع استيرادها أو تصديرها أو الخاضعة لقيود خاصة في الاستيراد والتصدير . وهذه الجرائم ليست جنائية فلا تخضع لاحكام قانون العقوبات ، ولايسرى عليها قانون الاجراءات الجنائية . وآية ذلك :

أولاً - أن عقوبة الجريمة الجبركية هى الغرامة والمصادرة (مادة ٣٣ فقرة أولى من اللائحة الجبركية) . وعقوبة الغرامة هنا ليست عقوبة بالمعنى المقصود في قانون العقوبات ، لأنها توقع على الشركات وهى أشخاص معنوية ، وتوقع بالتضامن (المادتان ٣٤ و٣٦ من اللائحة) ، أما المصادرة فليس من المحتم أن تكون عقوبة جنائية ، فقد تكون اجراء اداريا أو اجراء

أمن تتخذ النسيابة أو تقضى به المحكمة رغم البراءة أو سقوط الدعوى الجنائية (تراجع المادة ١٤ من قانون الاجراءات الجنائية) ، كما قد تحصل معنى التعويض . وتبعاً لذلك فإن مرتكبى الجرائم الجبركية لا يحاكمون أمام المحاكم الجنائية، وإنما أمام لجنة جبركية تشكل من مدير الجمرک وثلاثة أربعة من كبار موظفى المصلحة (المادة ٣٣ فقرة أولى من اللائحة الجبركية) . وهذه اللجنة لاتصدر حكماً بل قراراً ادارياً محضاً ، يعطى فيه أمام المحكمة التجارية ويجوز استئناف حكم هذه المحكمة (تراجع الفقرة السابعة وما بعدها من المادة ٣٣ من اللائحة الجبركية) .

على أن القوانين الجبركية تنص على تطبيق بعض الاحكام الجنائية على الجرائم الجبركية . ومن الاحكام المتعلقة بالموضوع أن الغرامة التى تحكم بها اللجنة تنفذ بطريق الاكراه البدنى (المادة ٥ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٠٩ بخصوص منع تهريب البضائع) . ومن الاحكام المتعلقة بالاجراءات تخويل صفة الضبطية القضائية والقبض على المتلبس وتفتيش المخازن والمساكن ، وسيرد بيانها . على أن مما ينبغى ملاحظته أنه لاتسرى على الجرائم الجبركية من الاحكام الجنائية سوى ما نص عليه صراحة ، فهى ليست جرائم جنائية .

أما الجرائم الجنائية فبعضها له صلة بوظيفة الجمارك وبعضها لاتربطه بهذه الوظيفة صلة الا أن يكون قد وقع فى منطقة الرقابة الجبركية . أما النوع الاول فمن أمثلته تهريب المواد المخدرة الى الداخل ، فهو ينطوى على جريمة جبركية هى التهريب من دفع الرسوم المستحقة لو كان الاستيراد بترخيص ، كما ينطوى على جريمة جنائية هى جلب المادة المخدرة بدون ترخيص . وكذلك استيراد اللخان المغشوش . أما النوع الثانى فمن قبيله جرائم القتل والضرب والقذف واحراز المخدرات ، فهذه جرائم عادية لاتنطوى على معنى التهريب ، ولذلك لاتسرى عليها الاجراءات الخاصة بالجرائم الجبركية ويحاكم مرتكبوها أمام المحاكم الجنائية .

٤ - اجراءات التفتيش والضبط الخاصة بالجرائم الجبركية : تنص المادة

السابعة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٠٥ على أنه « يعتبر موظفو وعمال الجمارك من رجال الضبطية القضائية أثناء قيامهم بتأدية وظيفتهم » . وتنص المادة الاولى من هذا القانون على أن « لموظفي وعمال الجمارك القبض على كل من يجدونه متلبسا بفعل التهريب » . وتنص المادة ٤١ من اللائحة الجبركية على شروط تفتيش المساكن والمخازن . وهذه النصوص قاصرة في تطبيقها على جرائم التهريب الجمركي ، سواء كانت جرائم جمركية بحتة أو كانت تنطوي أيضا على جرائم . ولكنها بلا شبهة لا تسري على الجرائم الجنائية التي لا تنطوي على معنى التهريب ، ومنها الافعال المسندة الى المتهم في هذه الدعوى .

٥ - صفة الضبطية القضائية : ويلاحظ أن المادة السابعة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٠٥ خولت صفة الضبطية القضائية بشرطين :

الاول - أن الصفة المذكورة خولت فقط لموظفي وعمال الجمارك ، فلم تخو لغيرهم من رجال الضبط الذين تستعين بهم مصلحة الجمارك في تأدية وظيفتها ، وهم رجال المباحث السرية الجمركية ورجال خفر السواحل ورجال البوليس . فهؤلاء لا تكون لهم صفة الضبطية الا وفقا للمادة ٣٣ من قانون الاجراءات الجنائية أو بمقتضى قانون آخر . والدليل على هذا : أولا - ان قوانين الجمارك تفرق بين مستخدمى وعمال الجمارك من جهة وبين رجال الضبط والربط المنوطين بالمراقبة الجمركية من جهة أخرى « ١ » (يراجع مثلا نص المادة الاولى من القانون رقم ٣ بشأن منع التهريب الذى يقع بواسطة مستخدمى الجمارك الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٠٣) . وثانيا - أن اختصاص الضبطية القضائية خول بسبب الجرائم الجمركية التى تتكشف أثناء قيام الموظف بوظيفته ، ولا اختصاص لرجال الضبط فى جرد حقائب المسافرين أو تسلم البضائع الواردة وما الى ذلك فكلها أعمال تاتط بموظفي وعمال الجمارك . فرجال الضبط يمثلون فقط القوة العسكرية التى يستعين بها

(١) وقد صدر اخيرا قانون اعتبر بمقتضاه من مأمورى الضبط القضائي ضباط وضباط صف مصلحة خفر السواحل وحرس الجمارك والمصايد .

مأمور الضبط القضائي في حالة قيامه بواجبه ، وهو ما نصت عليه المادة ٦٠ من قانون الاجراءات الجنائية .

الثاني — لموظفي وعمال الجمارك اختصاص الضبطية القضائية فيما يكتشفونه من جرائم جمركية أو جنائية أثناء تأدية وظائفهم ، فإذا لم تكن للجريمة الجنائية علاقة بعملهم فلا اختصاص لهم ، شأنهم في ذلك شأن كل مأمور من ذوى الاختصاص الخاص .

يستخرج من هذا أن عساكر حرس الجمارك لا يعتبرون من مأموري الضبط القضائي وفقا لاي قانون، فهم من رجال السلطة العامة لا يخلون من الاختصاص الا مانصت عليه المادتان ٣٧ و ٣٨ من قانون الاجراءات الجنائية .

ولم يفت مصلحة الجمارك هذه الحقيقة ، ففى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٨ اجتمعت لجنة برئاسة المدير العام للجمارك وعضوية كبير مفتشى الجمارك ومدير ادارة حرس الجمارك ومفتش بوليس الميناء ومساعد مفتش بوليس الميناء ومدير ادارة المباحث السرية بالجمارك . وقررت اللجنة فيما قررت أنه « ليس لمخبرى المباحث السرية من الجمارك أو غيرها من سلطات الميناء أن يقوموا بتفتيش الاشخاص فى الدائرة الجمركية . وعند الاشتباه يمكن استصحاب الاشخاص الى أقرب نقطة بوليس أو قسم حرس جمركى ليقوم بالتفتيش ضابط مسئول » .

٦ اختصاص رجال السلطة العامة : تنص المادة ٣٨ من قانون الاجراءات الجنائية على أن « لرجال السلطة العامة ، فى الجرح المتلبس بها التى يجوز الحكم فيها بالحبس أن يحضروا المتهم ويسلموه الى أقرب مأمور من مأموري الضبط القضائي . ولهم ذلك أيضا فى الجرائم الاخرى المتلبس بها اذا لم يمكن معرفة شخصية المتهم » . وبمقتضى المادة ٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية يجوز لرجال السلطة العامة مايجوز للأفراد من أنه « لكل من شاهد الجاني متلبسا بجناية أو بجنحة يجوز فيها قانونا

الحبس الاحتياطي أن يسلمه الى أقرب رجال السلطة العامة دون احتياج الى أمر بضبطه » .

فاذا قامت حالة التلبس قانونا فلا يجوز لرجل السلطة سوى تسليم المتلبس لمأمور الضبط القضائي . ومما تنبئ ملاحظته أنه لايجوز لهذا الاخير أن يباشر الاختصاص المخول له في القانون في حالات التلبس ، فمباشرة هذا الاختصاص مشروط بمشاهدته بنفسه الجريمة في احدى حالات التلبس ، اذ لا يكفي أن يكون المأمور قد تلقى نبأ التلبس عن طريق الرواية عن شاهد (قض ١٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٢٥٧ ص ٣٣٣) . أما المادة المخدرة التي يحملها رجل السلطة الى مأمور الضبط القضائي فلا تعتبر أثرا من آثار الجريمة تكفي لجعل حالة التلبس قائمة ، لان الآثار التي يمكن اتخاذها أمانة على قيام حالة التلبس انما هي الآثار التي تنبئ بنفسها عن أنها من مخلفات الجريمة ، والتي لا تحتاج في الانباء عن ذلك الى شهادة الشهود (قض ٢٧ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٨١ ص ٤٨٢) . وبناء عليه لايجوز لمأمور الضبط القضائي في مثل هذه الحالة أن يباشر اجراء القبض أو التفتيش الا بمقتضى المواد ٣٤ و٦٩ و٨٠ و٩٤ من قانون الاجراءات الجنائية .

٧ - ما يترتب على قيام التلبس قانونا : اذا كان التلبس صحيحا لا يترتب عليه فقط ما تنص عليه المادتان ٣٧ و٣٨ من قانون الاجراءات الجنائية ، بل ينبني عليه أيضا صحة الاستدلال بضبط المخدر والاستشهاد بأقوال من شاهد حالة التلبس ، كما أن حالة التلبس توفر شرط الدلائل الكافية على الاتهام فيجوز القبض على المتهم اذا كانت الجريمة من الجرائم الواردة في المادة ٣٤ ، ويجوز عندئذ تهيش المتهم وفقا للمادة ٤٦ . أما اذا كان التلبس قائما فعلا لا قانونا فإنه لايجوز كل ذلك ، فلايجوز الاعتداد بضبط المخدر لدى المتهم (قض ١٠ يناير سنة ١٩٤٩ المحاماه س ٣٠ رقم ١٨ ص ١٤ ، مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٨٨٧ ص ٧٥٠) ، ولا يصح بالتالي الاعتماد على شهادة من أجروه ولا على ما أثبتوه في المحضر من أقوال

واعترافات مقول بحصولها امامهم من المتهم ، لان مثل هذه الشهادة تتضمن في الواقع اخبارا منهم عن أمر ارتكبه مخالف للقانون (تقض ١١ يونيه سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٦٦ ص ٣٥٦ ، ١٢ مارس سنة ١٩٣٤ رقم ٢١٩ ص ٢٩٠ ، ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الثانية رقم ٩٧ ص ٢٥٥) .

٨ - قيام التلبس قانونا : من المسلم أن التلبس لا يقوم قانونا الا اذا كشفت عنه اجراءات باطلة . فهل كانت اجراءات رجال السلطة العامة في هذه الدعوى مشروعة بحيث تكون مشاهدتهم لواقعة الاحراز صحيحة ؟ يقول المتهم أنه ذهب الى الميناء قبيل الساعة الرابعة من مساء يوم ١٦ أغسطس سنة ١٩٥٢ لتوديع صديقه المسافر على الباخرة الخديوى اسماعيل ، فوقف بعيدا عن نطاق الحاجز المضروب على مرسى الباخرة يحاول اشعار المسافر بقدومه والباخرة على وشك الرحيل . ويقول عساكر الحرس ان المتهم كان يحاول الصعود على سلم الباخرة فسأله أحدهم هل يحمل قودا وطلب منه أن يخرج حافظه قفوده فأخرجها ووجد فيها مبلغ ٣٥ ج م أصبحت فيما بعد ٣٦ .

لاشبهة في أن رجال الحرس قد اتجه ذهنهم في أول الامر الى احتمال توافر جريمة من جرائم تهريب النقود ، وهى الجرائم المنصوص عليها في المادتين الاولى والثانية من القانون رقم ١٥٧ الصادر في ١٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ ، والمعاقب عليها بمقتضى المادة التاسعة من القانون المذكور . وثابت من الوقائع أن المتهم لم يهرب قددا أو يحاول تهريبه ، فلم يضبط متلبسا بأية جريمة ، الا أن يقال أن محاولة الصعود الى الباخرة هى محاولة للتهريب .

وبديهى أنه لا يرتكب جريمة بحمله مبلغا يزيد على عشرين جنيها ، فهذه جريمة لا يرتكبها الا المسافر القادم الى مصر أو الخارج منها (تراجع المادة ١٦ من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٤٧ والمادة السادسة من قرار وزير المالية رقم ٥١ لسنة ١٩٤٧ معدلة بالقرار رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٤٩) .

فاذا كان رجال حرس الجمارك يعلمون تماما أن المتهم لم يكن مسافرا فانه من الغرابة أن يأمره باخراج حافظة تقوده لمعرفة ما بها ، الا أن يكون التفتيش قد قصد به التوقي من جريمة قد تقع أو البحث عن أية جريمة، وهو ما لم يقل به أحد . ومع ذلك فقد تبين أن المتهم لا يحمل في حافظة تقوده شيئا من المنوعات ، فكان المعقول أن تسلم له حاجياته وينتهى الامر عند هذا الحد .

٩ - ضبط المادة المخدرة : لا يقوم التلبس قانونا ولا يرتب آثاره الا اذا كانت حالة التلبس قد انكشفت لمن شاهدها وهو يباشر عمله في حدود القانون ، وهو مبدأ جرى عليه قضاء النقض بإطراد . فيكون التلبس باحراز المادة المخدرة صحيحا اذا شوهدت المادة بحاسة البصر أو الشم ، والثابت في هذه الدعوى أن أحدا من رجال السلطة لم يبصر أو يشم المادة التي يحملها المتهم . كما يصح التلبس لو تخلى المتهم بارادته عن المادة المخدرة فتصبح في غير حيازته ويجوز لرجال السلطة التحري عن حقيقتها . والثابت في هذه الدعوى أن الضبط كان نتيجة لتفتيش شخص المتهم فهل يحق لرجال السلطة العامة تفتيش المتهم وفي أى الاحوال ؟ . ان تفتيش الشخص جائز لما كان القبض عليه جائزا (المادة ٤٦ من قانون الاجراءات الجنائية) . ومن المعلوم أن رجال السلطة العامة من غير مأموري الضبط القضائي لا يباشرون سلطة القبض على الاطلاق . فهم لا يملكون تفتيش الشخص الا برضائه . وهاتان المسألتان في حاجة الى ايضاح .

١٠ - يجوز تفتيش الشخص حين يجوز القبض عليه : وشروط القبض في مرحلة الاستدلال مبينة في المادة ٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية ، وهذه المادة تجيز القبض بالشروط الآتية :

أولا - أن توجد دلائل كافية على الاتهام بجريمة معينة : والثابت في أوراق الدعوى أنه لم توجد أية دلائل على الاتهام بجريمة معينة أو غير

معينة . فالدلائل تستنتج من التحريات ولا يكفي في ذلك مجرد بلاغ على الاتهام بجريمة معينة أو غير معينة . بل يجب أن تسبقه تحريات عما اشتمل عليه البلاغ ، فإذا أسفرت عن توافر دلائل قوية على نسبة التهمة الى شخص معين جاز القبض عليه (يراجع على سبيل المثال : قض ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٨٠٢ ص ٧٦١ ، ١٥ ابريل سنة ١٩٥٢ القضية رقم ١١٧٧ س ٢١ القضائية) .

وفي هذه الدعوى لا توجد تحريات بالمعنى السابق بيانه ، وكل ما ورد في قول لاحد الشهود أنه سأل المتهم عما اذا كان يحمل ممنوعات فأجاب بالنفي ونسب اليه الشاهد أنه ارتبك ، وبديهي أن هذا لا يوفر الشرط المطلوب . ثم أن شرط الدلائل الكافية لا يتوافر الا اذا دلت على الاتهام بجريمة معينة ، ومن الثابت أن رجال السلطة كانوا يبحثون عن جريمة لم تكتشف بعد .

ثانيا - يجب أن تكون الجريمة من بين الجرائم الواردة في المادة ٣٤ سالفه الذكر . واذا كانت جرائم المخدرات من بين هذه الجرائم الا أن رجال السلطة لا يزعمون أنه كانت لديهم دلائل كافية على اتهام المتهم بجريمة احراز المادة المخدرة ، فالتحريات عن هذه الجريمة لا تبدأ الا بالعلم بأن شخصا يتجر أو يحوز مادة مخدرة ، والثابت أن المتهم لم يكن معروفا لاحد من رجال السلطة العامة وبالتالي لم يشتهر عنه لديهم أنه من المتجرئين أو المحرزين للمواد المخدرة . ولو سلمنا جدلا أنه توجد دلائل كافية على جريمة التهريب الجمركي ، وهو ما اتجه اليه تفكير رجال السلطة العامة ، فإن هذه الجرائم ليست من بين الجرائم الواردة في المادة ٣٤ ، فالدلائل الكافية عليها لا تجيز القبض على المتهم وبالتالي لا تجيز تفتيشه .

ثالثا - يشترط أن يجرى القبض بمعرفة مأمور الضبط القضائي المختص من حيث المكان . وقد بينا أن من أجرى التفتيش ليس من رجال الضبط القضائي .

١١ - رضاء المتهم بالتفتيش : لاسبيل بعد ذلك الى تصحيح التفتيش والضبط الا اذا ثبت أن المتهم قد رضى بهما رضاء صحيحا .

من الشراح من يرى بحق أن الضمانات المقررة لحريات الافراد لم تقرر لمصلحة خاصة ، بل لمصلحة عامة هي حماية الحرية الشخصية ، وهى أئمن ما يحرص عليه أفراد أى مجتمع . وبهذا تتعلق هذه الضمانات بالنظام العام ويكون تخلى الفرد عنها غير جائز (فستان هيلي ج ٢ رقم ١٦١٠) ، وبهذا قضت بعض الاحكام (السين ١٤ يونيه سنة ١٩٠٧ دالوز ١٩٠٧ - ٢ - ٤٤) . وهذا الرأى كان أولى بالقول به عندنا ، وحيث المشاهد أن قلة ضئيلة من المصريين تعرف ما يقرره لها القانون من ضمانات . ومن هذه القلة فئة اعتادت الاجرام فعرفت كيف تستغل هذه الضمانات فى الافلات من العدالة ، فلو أن أحدا من هذه الفئة صادف رجال السلطة العامة لعرف كيف يظهر عدم قيام الرضاء لديه ولبطل الضبط بغير شبهة .

ومع ذلك فقد جرى القضاء المصرى على أن للفرد أن ينزل بمحض ارادته عن القيود والضمانات التى فرضها القانون لكفالة حريته الشخصية . ولكن لم يفتحه الانتقادات الموجهة الى هذا الرأى ، وآية ذلك الشروط الدقيقة التى استلزمها لصحة هذا الرضاء وترتيب آثاره . فالرضاء يجب أن يكون صريحا لا لبس فيه ، حاصل قبل التفتيش وعن علم بطروفه ، فلا يستتج من مجرد السكوت ، اذ من الجائز أن يكون منبعثا عن الخوف والاستسلام ، فاستناد محكمة الموضوع الى هذا الرضاء الضمنى لا يصح (نقض ١١ يونيه سنة ١٩٣٤ ، ١٥ ابريل سنة ١٩٣٥ ، ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٥ ، ٤ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ الارقام ٢٦٦ و ٣٦٩ و ٣٩٣ و ٤٦٥ و ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ ج ٦ رقم ٤٩ ص ٧٠) . وفى فرنسا يستلزمون أن يكون الرضاء ثابتا فى محضر التحقيق وأن يوقع على حصوله ممن يجرى التفتيش لديه . وبديهي أن هذا التدوين يجب أن يكون سابقا على عملية التفتيش ، فهذا شرط لازم لاستكمال عناصر العلم بطروف التفتيش . ومن المقرر فقها وقضاء أن بطلان التفتيش لا يزول

بالرضاء ولو كان صريحا اذا كان من حصل التفتيش لديه لا يعلم قبيل اجرائه بأن من يباشره لاحق له قانونا في ذلك (نقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٢٢١ ص ٢٠٥ ، ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الثالثة رقم ١٣٠ ص ٣٣٨ ، نقض فرنسي ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيري ١٩٣٠ - ١ - ٢٣٦ ، ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٥ جازيت ٢٤ يناير سنة ١٩٣٦) . ولما كان التفتيش من اجراءات التحقيق فلا يملكه الا من يخوله القانون مباشرة التحقيق وان صح تنفيذه بمعرفة احد رجال السلطة تحت مراقبة واشراف من يملك اجراءه . وينبني على هذا أن الرضاء لا يصح التفتيش الذي يجريه من لا يخوله القانون في الاصل اجراءه ، فيجب لصحته عندئذ أن يكون مجريه من رجال الضبط القضائي على الاقل .

فهل توافرت هذه الشروط جميعا حتى يقال أن المتهم قد رضى بالتفتيش ؟ . ان وقائع الدعوى ناطقة بأن شرطا منها لم يتوافر .

ورد في محضر البوليس على لسان المتهم عبارة « طلب تفتيشي بالقوة وأخيرا سمحت له » ، وجاء في أقوال الامباشي . . . أمام النيابة ما يأتي « فقال له زميلي أنا رايح أفتشك فقال له فتش . . . الخ » . و ان هذه العبارات تدل بوضوح على أن الرضاء كان معيبا ، فقد حصل تحت تأثير التهديد ، فما كان أمام المتهم الا أن يرضى فرضاؤه وعدمه سواء والتفتيش كان سيقع حتما ، بل ان المتهم لو ألقى بالمخدر تحت تأثير تفتيشه لما صح الاستناد عليه بهذا ، اذ التخلي ما كان ليحصل لولا محاولة التفتيش بغير وجه حق ، وعلى هذا أحكام النقض (نقض ١٣ يناير سنة ١٩٤١ ، ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ١٨٥ ورقم ١٩٤ ، ٣ ابريل ١٩٤٤ ج ٦ رقم ٣٣٦ ص ٤٥١) . ومما ينبغي ملاحظته أنه من غير المتصور أن يرضى المتهم بالتفتيش وهو يعلم أن تيجته ضبط مخدر يحمله . و اذا سلم برضائه ، فالظاهر من أقوال من فتشه أن الرضاء كان منصرفا الى التفتيش الخارجي ، فلم يدر بخلد المتهم أن يأذن البوليس في تفتيش

محتويات جيوبه ، وهذا واضح من أقوال من قتشه في محضر البوليس ، فقد جاء بها ما يلي « أنا فتشته في الخارج على جسمه ولما جاءت يدي على جيب بنظولونه الصغير الامامي الايمن شعرت بوجود شيء صلب به فطلبت منه أن يعرفني عما بداخله فارتبك وارتعش ولم يرد على فأنا تأكدت أن يكون شيء ممنوع فوضعت يدي في الجيب وأخرجت ثلاث ورقات .. الخ » . وظاهر بوضوح أن المتهم لم يأذن العسكري بفض ما يحتويه جيبه ورفض أن يفحصه نفسه .

وقد يقال ان مشاهدة الجسم الصلب بحاسة اللمس يعتبر تلبسا . وقد أجابت عن هذا محكمة النقض في أحكام عديدة ، فاذا كان رجل البوليس قد شاهد شيئا لم يتحقق كنهه ، بل ظنه استنتاجا من الظروف أنه من المنوعات فان حالة التلبس لا تكون قائمة (نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ ، ١٠ يناير سنة ١٩٤٩ ، ١٦ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٥٣ و٥٤ و٥٥ و٧٨٧ و٩٠٨ ، ٢٣ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الثانية رقم ٣٧٤) . فكل ما يمكن أن يتوافر هو قرائن قوية على الاتهام تجيز القبض والتفتيش اذا توافرت شروط المادة ٣٤ من قانون الاجراءات الجنائية ، وهي لاتجيز ذلك لعدم الدلالة على جريمة معينة ولان من أجرى التفتيش ليس من مأموري الضبط القضائي .

ومما لاتزاع فيه أن المتهم لو فرض أنه رضى بالتفتيش فانه لم يكن يعلم بأن من يباشره لاحق له قانونا في ذلك ، وعذره واضح فيما جرى عليه العرف في المنطقة الجمركية من استباحة اهدار الضمانات المقررة للحرية الشخصية .

١٢ - ما يترتب على بطلان التفتيش : متى كان ذلك فان ضبط المخدر يكون باطلا ، ولا يجوز الاستناد عليه قبل المتهم ، ولا على شهادة من أجروه سواء تعلقت بالضبط أو باعتراف مقول بحصوله أمامهم من المتهم ، لان مثل هذه الشهادة تتضمن في الواقع اخبارا منهم عن أمر ارتكبه مخالف للقانون

(قض ١٢ مارس سنة ١٩٣٤ ، ١١ يونيو سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٢٦٦ و ٢١٩ ، ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الثانية رقم ٩٧ ص ٢٥٥) .

وقد نسب العساكر وأحد الضباط الى المتهم أنه أقر بحيازته للمخدر وقت ضبطه . وإذا فرض أن كان ذلك صحيحا فإن هذا الاقرار عديم القيمة في الاثبات . ويان هذا أنه في محضر البوليس الذي فتح بعد الضبط بدقائق أنكر المتهم واقعة الاحراز وبالتالي اقراره على نفسه بها . بل لو أنه اعترف أمام البوليس وأنكر أمام النيابة لما كان اقراره صالحا للاستناد اليه في ادائته كدليل مستقل عن الضبط الباطل .

فالاقرار لا يصلح دليلا مستقلا اذا كان نتيجة حتمية للتفتيش ومجابهة المتهم بضبط المخدر ، فعندئذ يكون المتهم في حالة نفسية لا يستطيع معها أن يختار سوى الاقرار . أما اذا صدر الاقرار من المتهم بعد ضبط المخدر عنده بمدة من الزمن أو أمام سلطة غير التي باشرت اجراء التفتيش وضبطت المخدر ، أو في ظروف أخرى يصح معها القول بأن الاعتراف قد صدر مستقلا عن التفتيش ولا اتصال له به ، وأن المتهم حين اعترف انما أراد الاعتراف ، فعندئذ يكون لمحكمه الموضوع أن تطرح التفتيش والضبط الباطلين وأن تأخذ في ذات الوقت بالاعتراف الصادر من المتهم باحرازه المادة التي أسفر عنها التفتيش الباطل (قض ٢٩ مارس ١٩٤٣ ، ٢٠ نوفمبر ١٩٤٤ ، ٢٩ أكتوبر ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ الارقام ١٤٨ ، ٤٠٦ ، ٦٣٠ ، ١٧ يناير ١٩٤٩ ج ٧ رقم ٧٩٣ ، ٢٢ نوفمبر ١٩٤٩ ، ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ ، ٢٧ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١١ الارقام ٣٧ و ٦٣ و ١٥٤) .

regime should be given a chance to see daylight. We must take the plunge in the field of industrialisation even if it is only a bolt in the blue, for the simple reason that it is the only alternative open to us. We can't just sit back and watch our standard of living being gradually lowered through our inactivity without doing anything about it. I readily concede the existence of numerous obstacles which stand in the way of industrial development but we must remember that all industrial countries had to overcome much more serious obstacles. Countries which now have the highest technique of production started their journey along the arduous road to industrial greatness very poorly equipped. It is not so long ago that water had to be removed from coalmines by means of buckets carried by women and children. Frequent flooding, explosions and appalling working conditions were part of the price of progress. In short it is not long since the most rudimentary methods were used in industry everywhere. We are much more fortunate in not having to travel along the same arduous road but along a road which has already been paved by the valuable experience of others. Let us turn our back to the Malthusian spectre and forge ahead along the road to industrial greatness.

ownership of land to 200 acres will release a good deal of capital which has so far been tied in speculation on land values. The closing down of the cotton futures market which I pleaded for, from this and other platforms last year, will also release substantial capital previously engaged in speculation on cotton prices. This capital must be encouraged by all possible means to seek gainful occupation in industry. Dispossessed landowners who are to be compensated for their property must somehow be made to realise that shares in new industrial companies would be a much better form of investment than government bonds bearing 3% interest and with restricted circulation and distant maturity. If some 200 million pounds worth of long term bonds which can only be sold to Egyptians are unleashed on a small security market such as ours, the extent of the resulting slump can hardly be foreseen. A little thought will show that such plethora of bonds coupled with a restricted demand will do everything short of dissipating their value. Industrial shares on the other hand would not only be backed by production but would also have a wider appeal owing to their greater variety and freer circulation. Since buyers of expropriated land are to pay the price over a period of thirty years which is the same period allowed for the amortisation of the compensation bonds, some six or seven million pounds will be paid annually to ex-landowners. Some method must be devised to direct this money, at least, into industrial channels in an attempt to form a healthy blend between Egyptian and foreign capital. A more ambitious scheme would be to persuade banks to finance the period of waiting by taking up the bonds of those landowners who are willing to acquire new industrial shares instead. I would suggest further that a team of United Nations or « point four » experts be invited to survey our industrial potentialities and submit concrete proposals as to the type of industry which could be set up immediately. This would not only ensure that industry develops along the right lines but would also inspire confidence and make new company promotion easier. In addition to that, development schemes which have been under consideration for a considerable time such as the utilisation of the rich iron deposits of the Asswan area, the Wadi-Rayan project, the Kattara Depression project for the production of hydro-electric power which have all been held up by the clogged government machine of the old

pace but on the whole they had to go through very much the same stages. Countries which can now afford to have comprehensive social security schemes, old age pensions and free medical treatment have been through stages of rugged individualism where the weak and unfortunate had to be ruthlessly weeded out and only the fittest allowed to survive. The order of the day, at that stage, was the increase in production and national wealth at all costs. Having built up their industrial greatness they could afford the luxury of issuing free gifts to the unfortunate members of their communities. Here in Egypt we recently embarked on a social security programme which could be ill-afforded and for which the people were not mentally prepared and which, in any case could do very little to raise the standard of living of the masses. It would be a very good thing indeed if this creature which was born in the wrong environment was cut out immediately instead of being allowed to die a natural death. There is no doubt that public funds could, at our present stage of economic development, be put to much better use.

Ladies and Gentlemen,

My analysis leads to the inevitable conclusion that Egypt's fate is bound up with industrial development, which could be accelerated by making better use of international cooperation in the field of capital investment. France, one of the four big powers, which is no doubt much richer and much more highly developed economically than Egypt, could not solve its economic problems, by depending exclusively on its own resources. Its factories its public utilities and its roads are being built or reconstructed by American capital. The same applies to Holland, Belgium, Italy and Western Germany. If we elect to take a different course we ought to know that it is not the one that leads to a higher standard of living. Our agricultural expansion is bound to be slow, and no effort of body or mind can make it keep pace with a population growing at a rate such as ours. Without altogether neglecting land reclamation projects which are always useful we must make an all out effort to increase industrial production. I know that many people suggested this course of action before but I find it worth repeating because the present time seems to provide a unique opportunity which must not be allowed to slip by. The Agricultural Reform Act which limited

creative factor of production. Land, labour and capital, all have to be harnessed into production by his will and determination to make a success of his enterprise. The fact that economists have until quite recently overlooked this factor and considered land, labour and capital as the only agents of production does not detract from its importance. The reason why they did not focus their attention on the entrepreneur as an independent factor is to be found in the fact that in the earlier stages of the industrial revolution his personality was almost indistinguishable from that of the capitalist. In most cases one person played the dual role of capitalist and entrepreneur and this incidentally caused a great confusion in economic thought between interest and profits. Nowadays with the growth of the size of the business unit and the splitting up of capital into small shares subscribed for by a large number of individual savers the personality of the entrepreneur stood out clearly as distinct from that of the capitalist. When capital migrates to a foreign country, however, it usually takes entrepreneurial ability with it. Few people would wish to invest their capital in a foreign country unless control of their funds was vested in the hands of someone they know and trust. This is yet another reason why I favour the encouragement of a free flow of foreign capital into Egypt. With foreign capital comes technical skill and above all entrepreneurial ability which I repeat is our scarcest factor. If we manage to solve the problem of shortage of entrepreneurs whether by a new orientation of our educational system or by easing paternal legislation which limits freedom of enterprise or by making better use of opportunities of international cooperation or by all these methods combined, we would have solved the problems of inefficient utilisation of our resources and wastage of other factors of production. For these are really entrepreneurial problems and not merely problems which can be solved by issuing rules and regulations or any amount of planning.

Mr. Chairman, Ladies and Gentlemen.

Countries are like living organisms in that they have to pass through certain stages of evolution before they reach maturity. This is particularly true of the various stages of economic development. It is true that some countries have been more fortunate than others in reaching economic maturity at a quicker

happened that the Americans had at the time more experience than the English in the utility and functioning of underground railways and could therefore show more enthusiasm towards investing their surplus capital in such schemes. Moreover, there are at present certain fields of investment which do not attract individual savers whatever their means, temperament, experience or nationality may be. Oil prospecting is a case in point. Although in its earlier stages, this industry attracted all sorts of enterprisers who fancied making a quick fortune, nowadays it can only rely on capital emanating from oil companies which are firmly established and who consider new prospecting no matter how uncertain as a normal course of development and a part of their general activity. Oil companies are known to have lost enormous capital in fruitless search for new supplies of oil without being deterred from embarking on new prospecting. Individual capital on the other hand, fights shy of such speculative ventures. To put it briefly capital specialises in certain fields just as much as labour does and it would be best to let foreign capital flow into those channels in which it has specialised and which will not for a long time to come attract Egyptian capital. The alteration of the obstructive article of the present company law which stipulates the allocation of 51% of the capital of joint stock companies to Egyptians would undoubtedly help remove the greatest obstacle in the way of a free influx of foreign capital into Egypt. Fortunately such an alteration is now imminent.

With regard to the fourth factor of production, that is entrepreneurial ability, here in Egypt we have neither quantity nor quality. I really believe that this is the biggest obstacle in the way of industrial development. Egypt's main production problem is not so much one of shortage of land or capital as one of shortage of entrepreneurs. This shortage is due in large measure to the type of paternal economy which has for some time been a characteristic of Egypt and which has turned the government into the biggest entrepreneur and made people expect it to do everything. I would like to say here and now, that governments will never replace individuals as entrepreneurs. The individual entrepreneur who has vision, imagination and enough courage to embark on risky enterprise is undoubtedly the most important factor of production. He is the driving force behind enterprise and may even be considered as the only positive and

pital invited to participate in utilising our resources and building up our industry. I think we had better be employed in finding ways and means of coaxing foreign capital to come to Egypt than laying down rules and regulations for frightening it away from our country. Lest I should be accused of having given too much prominence to the question of encouraging a free flow of foreign capital without having given sufficient consideration to the possibilities of investing local capital in development schemes I am now going to consider a different aspect of the problem. Drawing a parallelism from my treatment of labour as a factor of production I shall call it the qualitative aspect of capital. We have seen that the abundance of labour in Egypt from the purely quantitative point of view did not prevent the shortage of labour of a certain quality. Similarly, the abundance of capital in Egypt — if this assumption be allowed — does not necessarily mean that it will flow into the appropriate channels. Egyptian capital may be available for investment in real estate but may not be attracted to such fields as oil prospecting, mining, iron and steel and other ventures which are absolutely necessary to sound industrial development. The problem of the uneven flow of capital in alternative fields or equal goodness is not peculiar to Egypt but is really universal. Owners of capital all over the world respond to invitations to invest in enterprises with which they are familiar far more readily than they do to similar invitations to invest in fields which appear to them as speculative and uncertain. Differences in national characteristics, temparements and experience account for such preferences. To the average Englishman investment in shipping, banking, insurance and retailing almost always appear as sound propositions. The average Swiss, being so familiar with hotel-keeping will not hesitate to invest his capital in such enterprise even in foreign countries. Belgian capitalists show a strong preference for electrical and engineering enterprise and so on. A survey of capital investment in Egypt over the last fifty years or so will definitely reveal that foreign capital follows its home patterns. There are also cases of countries which, though consistently exporting capital abroad on a very large scale, had to rely on foreign capital for certain development schemes. American capital participated in the construction of the London underground railway, although at that time British capital was flowing all over the world. It just

pital. Does Egypt suffer from shortage of capital? If by capital we simply mean liquid funds seeking investment there is no apparent shortage. The ease with which companies have been promoted in the post-war era and the speed with which government loans have been covered bears testimony to the fact that capital has not been lacking. But the availability of liquid funds of an inconvertible currency can do little towards industrial development if local resources do not permit of such development. Assuming that the will to invest exists among Egyptian owners of capital, which is quite problematical, large scale investment will either cause an inflationary straining of local resources or a large balance of payments deficit if too much dependence is placed on the importation of fuel, machinery equipment and technical skill from abroad. If, however, foreign capital (and I refer particularly to American capital) participates in industrial development such problems will not arise. The problem of the effect on the balance of payments of remitting dividends earned by foreign capital in Egypt is infinitely easier owing on the one hand to its smaller magnitude and on the other hand to the fact that the increase in the national income resulting from a greater volume of investment will make such remittance possible. The investment of foreign capital in Egypt would either increase our exporting capacity or help produce goods previously imported from abroad. In both cases the favourable effect on the balance of payments will at least partly offset the loss due to remitting foreign dividends. The oft-repeated argument that foreign capital may have a stranglehold on our national economy if it were encouraged to flow freely into Egypt is quite false. What on earth can be the difference between importing foreign capital and importing foreign durable goods? Would it not be in our interests to encourage foreign capital to help produce in Egypt some of the goods we have been buying from abroad, thus providing employment for our workers and increasing our economic activity in general? The truth about this argument is that Egypt's bad experience of the days of the « Caisse de la Dette » which is closely associated with foreign borrowing has created a strong and indiscriminate aversion to foreign capital in the minds of many Egyptians. It is time we realised the difference between money borrowed from abroad to be squandered by an oriental despot and ca-

try to scientific research and no doubt helped to strengthen the links between industry and education.

With regard to the second factor of production, that is natural resources, the problem of improving the quality of some of our barren tracts of land and intensifying the utilisation of our mineral resources should take the place of fretting over the quantitative shortage of arable land and the cries for birth control and emigration. One reads with immense satisfaction about the good work being done in the Western Desert by Point Four technical experts in collaboration with army authorities to create experimental ranches. The success of such work which is now considered a certainty will be the signal for private enterprise to follow suit. Private enterprise both Egyptian and foreign must be given every encouragement to turn part of Egypt's deserts into fields, orchards, and pastures. If we realise that large expanses of land cultivated by the Romans are now lying derelict we shall be more inclined to regard our problem as one of utilisation and not just irremediable shortage of land. The Sinai Peninsula is also a place where, labour, capital and entrepreneurial ability can work wonders. We learn from scientific expeditions which made geological surveys of the area that it offers prospects of both agricultural and industrial development. The reason why such development has not so far taken place is quite simple. Feudal landlords who were always well represented in the Governments of the old regime were not only disinterested in such development but actively opposed well worked out schemes and dismissed them as impracticable. Any increase in the area under cultivation on a large scale was bound to reduce the relative scarcity of land and decrease its value while putting a premium on the service of labour, hence the opposition of big landlords. Fortunately, Egypt in her New Era is not governed by selfish sectional interests but by people who put their country's interests above all other considerations. That is why one has faith now in development schemes which were made to look fantastic only a few months ago. With regard to the utilisation of the mineral resources of Sinai, the Red Sea Coast, Asswan and other areas of Egypt capital was too busy speculating on land values and cotton futures to seek gainful occupation in such fields of enterprise. This brings me to the third factor of production, that is ca-

ry and intermediate levels has for sometime been a black spot in our educational system. Its curricula and methods have been faulty and its message completely misunderstood. Instead of creating a class of skilled mechanics and craftsmen who would either set up small workshops on their own or be employed as skilled workers in factories, it has been turning out a group of gentlemen with super hypersensitivity to the wearing of an over-all or doing any kind of manual work which according to them should be done by people who had never been to school. In order to keep up appearances they seek work in Government Departments of a technical nature such as the Egyptian State Railways, The Telephone and Telegraph Administration or the Ministry of Communications not as technicians but as what we may call « clerks in technical offices ». A survey of officials in such Departments will reveal the existence of hundreds of so-called technicians who do nothing but clerical work. A few days ago a delegation of graduates from an intermediate industrial school visited my office and tried to enlist my support in order to gain admittance to the Faculty of Commerce! Everybody wants to go to the University and few are willing to accept what according to popular belief is the social degradation of being artisans and craftsmen. If this tendency goes on unchecked we shall soon become a nation of intellectuals who are forced to accept the Bhuddist philosophy of cutting down wants instead of creating means of satisfying them. Nothing short of a complete overhauling of our system of education can remedy this state of affairs. A change in social scales is also needed to give skilled manual workers the same sort of economic security and social esteem which they enjoy in other countries. It is pertinent to mention that the average skilled worker in England earns far more money than the average office worker and is by no means considered as socially inferior. Our industrial development can never be built on a sound basis before a radical change in social outlook takes place in this direction. Industry should take more interest in technical education not only as regards adaptation of methods and curricula to suit the needs of modern technique of production but also as regards financing. Here again I find it relevant to mention that forty English firms have lately contributed to the financing of chairs in the new department of engineering at Cambridge. This was a manifestation of the debt owed by indus-

resources than to plan the most intimate aspect of human relationship. In the second place as the standard of living rises as a result of a more equitable distribution of wealth and a fuller utilisation of our resources the birth rate will automatically fall. This is not just a matter of speculation on conflicting hypothesis but a scientific fact which has been proved by many inquiries in differential fertility rates. In the third place non-agricultural resources must have been expanding during the last fifty years, otherwise we would have been doomed at present to a standard of living only 1/5 as high as it was fifty years ago. In the fourth place, labour is a factor of production and provided that its quality can be improved it should be able to find its own livelihood. Last but by no means least a country which is constantly threatened by an ever expanding hostile neighbour should be able to find better means of solving its economic problem than effecting a drastic cut in its population.

Having made it clear that I reject the approach based on relating population to arable land within the rigid boundaries of an agricultural economy I now proceed to list out the factors which cause the low productivity and the consequent low standard of living in Egypt in the hope of being able to explore possible courses of action. We may group such factors under the following headings :

1. The physical inadequacy of one or more factors of production either quantitatively or qualitatively.
2. The low degree of effective cooperation between factors due to their existence in unbalanced proportions or to distributional difficulties.
3. The inefficiency of their utilisation due to ignorance, apathy, bad organisation or a low technique of production.
4. Insufficient use of opportunities of international cooperation in the fields of foreign trade and capital investment.

With regard to the first factor of production, that is labour, our biggest problem is one of quality. Though overpopulated we haven't got enough skilled workers with sound enough training in mechanical methods to be relied upon in handling modern industrial machinery. Technical education in the prima-

the full blame for such state of affairs was put on the excessively high birth rate which was ascribed to a multiplicity of factors ranging all the way from religious beliefs to the existence of a direct inverse correlation between bright electric light and fertility; a bewildering theory alleged to have been developed by Italian savants and quoted from «Time Magazine» by Professor Cleland as applicable to village life in Egypt. Concentrating all the time on the land-labour ratio, Professor Cleland goes on to say that his aim was to see the population cut down by birth control and mass emigration to a level which allows the average peasant family to work 4 acres of land. The poverty of this land-labour approach to the problem of population and living standards is borne by the fact that none of the countries which enjoyed a steadily rising standard of living during the last century and a half either maintained or even tried to maintain a fixed relationship between population and agricultural resources. Although population rates of increase in many European countries far exceeded rates of agricultural expansion they have lately been gravely concerned about declining rates of increase which may in the distant future lead to a decline in population. The warning issued by Malthus one hundred and fifty years ago about the pressure of population on food resources was completely drowned by the din of the great machines of the Industrial Revolution which freed mankind from what Ricardo called the niggardliness of nature. Why should we reiterate such a warning when we are slowly breaking the fetters of a purely agricultural economy ? Why should not we build up, with patience and diligence, an industry worthy of the human and material resources of this country and its unique position between East and West ? I know I shall be taxed with drawing analogies from incomparable sets of circumstances but I shall try to point out that the numerous unfavourable factors are largely counterbalanced by favourable ones.

It is simple enough to say on paper «cut your population to suit your existing resources» but I find it equally simple to say «expand your resources to suit your population». I somehow find the latter proposition more practicable let alone more beneficial. In the first place it is infinitely easier to plan material

just a problem of too many people living on too small an area of land as some demographers have put it. The people of Egypt can enjoy a high standard of living if the factors of production at their disposal are quantitatively and qualitatively capable of producing enough goods and services to satisfy their basic needs and give them a reasonable standard of health and comfort. But before we go into the details of that let us first review some of the earlier attempts to tackle the problem. Most people who studied Egypt's great problem of a low standard of living proceeded along Malthusian lines and suggested what we may call Neo-Malthusian remedies. Some have even suggested purely procrustean remedies and would have a sizeable part of the population (30% in some estimates) lopped off by mass emigration to the Sudan, Iraq or even Abyssinia. While I appreciate the facts which led them to such drastic conclusions I do not profess to be in full agreement with them. It has been said of scientific investigations in the field of social science that the limitations imposed by the availability of data are often forgotten when generalisations are made. This is particularly true of many inquiries conducted on the population problem of Egypt. Investigators are usually so struck by the inordinate disproportionality between land and population that they are apt to overlook other factors which may not be so apparent or on which data may not be so readily available. While not disputing the fact that over the last fifty years the rate of increase of our population has been nearly five times as high as the rate of expansion of arable land, I am not prepared to accept it as incontrovertible evidence of gross overpopulation. Please do not misunderstand me. I am not denying the existence of some overpopulation but merely trying to point out the inadequacy of the approach based exclusively on the land-labour ratio. Not only is this method used to prove that Egypt is overpopulated but is also used to estimate the degree of such overpopulation. Professor Wendell Cleland an eminent demographer who has done admirable research work in this field relied mainly on this method in order to be able to tell us that the population of Egypt had passed the optimum level by some 25% to 30%. Writing in 1944 when the population figure stood at 16 1/2 million, he emphatically stated that Egypt had at least 4 1/2 million too many inhabitants who should be got rid of somehow. Needless to say,

TEXT OF LECTURE

Delivered at the British Institute, Alexandria on Dec., 4th, 1962

BY

DR. M. M. HAMDI

Head of Dept. of Economics, Faculty of Commerce

POPULATION AND STANDARD OF LIVING IN EGYPT

Mr. Chairman, Ladies and Gentlemen,

I must begin by admitting that I am overawed by the very extent of my ambition in choosing such a title for my lecture. For the subject I propose to deal with to-night not only makes a wide sweep across economic studies necessary, but also makes a considerable encroachment on other fields inevitable. It is really a subject which lies in territory which is severally claimed by politicians, demographers, sociologists and even bureaucrats. When dealing with matters of this nature professional economists are not usually in a happy position. Having long realised how hopeless it is to try to wrench their territory from the scylla of the all powerful politician and the charybdis of the « know all » bureaucrat they have mostly retired to a world of abstractions where they are content with working happily and without interference from anybody on simplified models and highly unrealistic assumptions which may be put to good use some day when the world is safe for the ultra-rational homo-economics who are motivated solely by the pursuit of self interest. They do, however, from time to time feel a strong urge to step back into the world of reality to seek their lost territory so jealously guarded by politicians and bureaucrats. This lecture is simply one of those hopeless incursions on lost territory.

To the professional economist the problem of the low standard of living in Egypt is essentially a question of factors of production and the efficiency of their utilisation. It is not

POPULATION and STANDARD OF LIVING IN EGYPT

EXTRACT

FROM

THE JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS

APRIL, 1953

BY

DR. M. M. HAMDI

Head of Dept., of Economics, Faculty of Commerce

“Majallat Al-Hoqouq”

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTÉ DE DROIT

DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Prof. HUSSEIN FAHMI*

5ème ANNÉE No. 1 et 2

JANVIER - MARS 1951

SOMMAIRE

Articles

Prof. Sheikh Omar Abdulla : La coutume en Droit Musulman (En Arabe).....	1— 98
Dr. Saad Asfour : La Liberté d'aseociation ; étude de Droit Comparé (En Arabe).....	99—160
Dr. Ahmed Aboulwafa : La fin de non recevoir (En Arabe)	161—202
Dr. Marloum Hamdi : Population and standard of living in Egypt	1— 15

Notes de Jurisprudence

Prof. Mohamoud M. Moustafa : La rehabilitation des condamnés et le sursis à la peine (En Arabe) ..	203—214
Prof. Mahmoud M. Moustafa : Le droit de perquisition à l'intérieur de l'enceinte douanière (En Arabe) .	215—227

La revue paraît quatre fois par an, en Mars, Juin, Septembre et Décembre. Il sera fait une analyse bibliographique de tous les ouvrages juridiques et économiques dont deux exemplaires seront déposés à l'administration de la Revue.

Montant de l'abonnement par an ; P.T. 100 pour l'Egypte, et 25 Shellings pour tous les pays de l'Union Postale.

Administration de la Revue ; A la Faculté de Droit de l'Université d'Alexandrie (Chatby Alexandria — Egypte).

“Majallat Al-Hoqouq”

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Prof. HUSSEIN FAHMI*

5ème ANNÉE No. 1 et 2

JANVIER - MARS 1951
